



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사학위논문

캐나다 연방대법원의
과잉금지원칙 적용에 관한 연구

—법률의 위헌 여부 판단을 위한

Oakes 심사의 논증구조와 적용강도를 중심으로—

2020년 2월

서울대학교 대학원

법학과 헌법전공

이 재 홍

캐나다 연방대법원의
과잉금지원칙 적용에 관한 연구
- 법률의 위헌 여부 판단을 위한
Oakes 심사의 논증구조와 적용강도를 중심으로 -

지도교수 전 종 익

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2019년 10월

서울대학교 대학원

법학과 헌법전공

이 재 홍

이재홍의 박사 학위논문을 인준함

2020년 1월

위 원 장 _____ (인)

부 위 원 장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국 문 초 록

캐나다 연방대법원은 1986년 *Oakes* 판결에서 캐나다권리자유헌장 제 1조의 일반적 법률유보조항을 해석하여 법률의 헌장상 권리 침해 여부를 판단하는 *Oakes* 심사를 정립하였다. *Oakes* 심사는 목적의 충분한 중요성, 합리적 관련성, 최소피해성, 효과의 비례성의 4단계 하위 심사척도로 구성된다. *Oakes* 판결 이후 *Oakes* 심사는 최소피해성에서 형량을 포함한 대부분의 논증을 하는 구조가 대세를 이루다가, 2009년에 선고된 *Hutterian Brethren* 판결을 계기로 최소피해성과 효과의 비례성을 엄격히 구별하고, 형량은 효과의 비례성에서 수행하는 방식의 논증구조가 형성되고 있다.

Oakes 심사를 적용하는 강약의 조절은 입법재량 존중 정도를 의미하는 deference 법리를 통해 이루어진다. 캐나다 연방대법원은 *Oakes* 심사에 있어 deference를 결정하는 요소로 심판대상조항이 대립하는 이해관계를 조정하기 위한 법률인지 여부, 사회문제에 대처하기 위한 복잡한 규제조치인지 여부, 사회적 약자를 보호하기 위한 법률인지 여부, 과학적 증거 제시가 곤란한지 여부 등을 고려한다.

위와 같은 내용의 *Oakes* 심사는 이론적으로 볼 때 목적의 정당성 원칙, 수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙의 4단계로 구성된 과잉금지원칙의 적용 방식의 하나이다. 이론적인 관점에서 과잉금지원칙의 적용은 논증구조와 적용강도로 나누어 분석할 수 있다. 과잉금지원칙의 논증구조란 과잉금지원칙이라는 위헌심사척도의 세부적인 하위 판단기준을 의미한다.

과잉금지원칙의 논증구조 중 피해의 최소성 원칙은 심판대상조항을 입법대안과 비교함으로써 심판대상조항의 입법목적 달성 효율성을 검증하는 것을 본질로 한다. 피해의 최소성 원칙은 '입법대안 존부 검증단계', '목적달성 동일성 검증단계', '대가 동일성 검증단계', '제한 완화 검증단계'의 4단계의 세부 논증구조로 이루어진다. 또한 법익의 균형성 원칙은 '심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치'와 '심판대상

조항에 의해 제한되는 기본권의 구체적인 가치' 각각을 규범적으로 측정
한 다음, 그 측정 결과를 규범적으로 비교하는 2단계 판단으로 이루어진
다. 이 판단과정이 비교형량이고, 비교형량을 통해 비로소 헌법상 권리
제한의 심각성에 견주어 심판대상조항의 입법목적 달성 정도 자체에 대
해 의문을 제기할 수 있다. 헌법상 권리 제한의 심각성의 정도를 본격적
으로 살펴보는 비교형량이 법익의 균형성 원칙에서 이루어지므로, 법익
의 균형성 원칙이 과잉금지원칙의 핵심이다.

법규범은 그 속성상 적용과정에서 불확실성이 발생할 수 있고 그에 따
라 판단 불능의 상황에 이를 수 있는데, 이는 과잉금지원칙의 적용도 예
외가 아니다. 과잉금지원칙을 위헌심사척도로 선택한 후 그 적용과정
에서 불확실성이 발생하여 판단 불능 상태에 이르는 경우, 이는 입법재량
존중의 정도를 조절함으로써 해결할 수 있다. 그 결과 위헌의 결론에 이
를 경향성의 정도가 달라지는데, 이를 '과잉금지원칙적용강도'로 개념화
할 수 있다. 이론적인 관점에서 볼 때, 과잉금지원칙적용강도 조절은 과
잉금지원칙의 각 하위 원칙별로 가능하고, 이를 결정하는 요소로는 민주
적 정당성, 입법부의 상대적 전문성, 헌법상 권리 제한의 심각성 등이 있
다. 입법재량의 존중은 권력분립원리의 문제이므로, 입법재량 존중 정
도를 조절하여 과잉금지원칙적용강도를 다양화 하는 것은 권력분립원리
에 의해 정당화 되어야 한다. 권력분립원리는 견제/균형과 분업/협동의 두
가지 형태로 발현된다. 권력분립원리의 견제/균형 측면은 과잉금지원칙
적용강도의 강화를, 분업/협동 측면은 과잉금지원칙적용강도의 완화를
정당화할 수 있다.

과잉금지원칙의 논증구조에 관한 이론에 비추어 보면, *Hutterian Brethren* 판결에서 제시된 효과의 비례성 중심 논증유형에 의할 때 비
교형량을 충실하게 할 수 있고, 심사의 효율성을 높일 수도 있다. 또한
과잉금지원칙적용강도에 관한 이론에 비추어 보면, *Oakes* 심사에 있어
deference 법리는 과잉금지원칙의 적용 과정에서 발생하는 불확실성을
해결하기 위한 것임을 알 수 있다. 또한 deference 법리를 통한 *Oakes*
심사의 적용강도 조절 정도 및 조절 사유들 역시 과잉금지원칙적용강도
에 관한 이론들을 통해 설명할 수 있다. 캐나다 연방대법원의 판결들은

Oakes 심사의 논증구조와 적용강도에 관하여 하나의 일관된 목소리를 내고 있지 않지만, 그에 관한 법리적 논쟁이 판결문을 통해 면면히 이루어져 오고 있다는 점은 긍정적으로 평가할 수 있다.

헌법재판소의 과잉금지원칙 논증구조는 4단계 하위 원칙을 명확히 구별하지 않는 미분화형 논증유형, 4단계 하위 원칙을 구별하되 피해의 최소성 원칙에서 형량을 하지 않는 완전 분화형 논증유형, 4단계 하위 원칙을 구별하되 피해의 최소성 원칙에서 형량을 하는 불완전 분화형 논증유형의 셋으로 유형화할 수 있다. 완전 분화형 논증유형에 의할 때 온전한 비교형량을 통한 설득력 있는 결론 도출, 헌법재판소의 권한 남용 방지, 판단의 효율성 확보와 같은 과잉금지원칙의 장점을 제대로 실현할 수 있다. 따라서 완전 분화형 논증유형의 선례들을 계승하는 것이 바람직하다.

한편, 헌법재판소 결정례에서 입법재량 존중은 과잉금지원칙적용강도 완화는 물론이고 과잉금지원칙 논증구조의 변형의 근거로도 사용된다. 과잉금지원칙적용강도 완화는 권력분립원리의 분업과 협동 측면에 근거를 둔 입법재량 존중만으로도 정당화된다. 그러나 과잉금지원칙 논증구조의 변형은 입법재량 존중만으로 정당화하기 어렵다. 또한 과잉금지원칙 논증구조의 변형은 과잉금지원칙 적용의 일관성과 설득력을 떨어뜨리므로, 입법재량 존중을 근거로 들어 과잉금지원칙의 논증구조를 변형하기보다는 과잉금지원칙의 논증구조는 일관되게 유지한 채 과잉금지원칙 적용강도를 다양화하는 방안을 모색하는 것이 바람직하다. 과잉금지원칙 적용강도는 특정 사안에 관한 입법부와 사법부 사이의 권한 행사의 헌법적 정당성 및 구체적 전문성을 고려하여 4단계로 다양화하는 방안이 가능하다. 특히, 특정 사건에서 과잉금지원칙적용강도를 정했다면, 그 근거를 결정문에 분명히 제시하는 것이 중요하다.

주요어: *Oakes* 심사, 과잉금지원칙, 피해의 최소성, 법익의 균형성, deference, 적용강도, 입법재량 존중

학번: 2007-30363

〈목 차〉

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위	5
제2장 Oakes 심사의 논증구조 및 적용강도	14
제1절 Oakes 심사의 논증구조	14
1. 캐나다 연방대법원의 위헌법률심사 개관	14
2. Oakes 판결에 의한 Oakes 심사 논증구조의 정립	19
3. 최소피해성과 효과의 비례성 논증구조의 변화	30
4. 소결	68
제2절 Oakes 심사의 적용강도	69
1. deference 법리 개관	70
2. Oakes 심사에 있어 deference 관련 판결	76
3. Oakes 심사에 있어 deference에 대한 학설	112
4. 소결	118
제3장 Oakes 심사의 논증구조 및 적용강도에 대한 이론적 분석	119
제1절 Oakes 심사의 논증구조에 대한 이론적 분석	119
1. 이론적 분석의 방향	119
2. 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙 논증구조 이론 ...	123
3. 최소피해성과 효과의 비례성 논증구조에 대한 이론적 분석 ·	151
4. 소결	161
제2절 Oakes 심사의 적용강도에 대한 이론적 분석	163
1. 과잉금지원칙적용강도 개념의 정립	163
2. 과잉금지원칙적용강도에 대한 이론	180
3. Oakes 심사에 있어 deference 법리에 대한 이론적 분석 ...	208
4. 소결	223
제4장 대한민국 헌법재판소에 대한 시사점	224
제1절 과잉금지원칙 논증구조에의 시사점	224

1. 헌법재판소의 과잉금지원칙 논증구조	224
2. 완전 분화형 논증유형 선례 계승의 필요성	267
제2절 과잉금지원칙적용강도에의 시사점	271
1. 헌법재판소의 과잉금지원칙적용강도	271
2. 과잉금지원칙적용강도의 다양화	280
제5장 결론	289
제1절 연구결과의 종합정리	289
제2절 과잉금지원칙 연구의 좌표와 전망	292
[별지] 헌법재판소의 과잉금지원칙 논증구조 관련 선례 정리	298
참고문헌	320
Abstract	336
헌사(獻詞)	340

<표 차례>

<표 1> <i>Oakes</i> 심사에 있어 deference 결정 요소	110
<표 2> 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙의 차이점	151
<표 3> 효과의 비례성 중심 논증유형과 피해의 최소성 중심 논증유형 의 차이	156
<표 4> deference 부여 사유의 분류	214
<표 5> 과잉금지원칙의 각 하위 원칙별 2단계 심사강도 선택지	281
<표 6> 실무상 활용 가능한 과잉금지원칙적용강도의 조합	282
<표 7> 헌법재판소의 판례 및 학설상 입법재량 존중 사유의 분류	286

<그림 차례>

<그림 1> 과잉금지원칙의 적용의 구조	171
-----------------------------	-----

제1장 서론

제1절 연구의 목적

헌법해석에 도움을 주는 특정 헌법원칙이 여러 법체계에 걸쳐 널리 사용되고 논의되는 현상은 흔하지 않음에도 불구하고, 헌법상 권리 제한이 정당화 될 수 있는지 여부를 판단하는 기준인 ‘과잉금지원칙(proportionality)’은 법체계가 서로 다른 여러 나라의 사법부에서 중요한 헌법원칙으로 받아들여졌다.¹⁾ 세계 각국의 헌법학자들도 과잉금지원칙에 많은 관심을 보였다.²⁾ 과잉금지원칙은 독일에서 시작되어,³⁾ 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)와 유럽연합법원(European Court of Justice)을 통해 확산되었고, 결국에는 커먼로 국가인 영국을 포함한 서유럽 국가들 및 동유럽 국가들, 그리고 바다 건너 캐나다, 남아메리카는 물론이고 남아프리카공화국, 이스라엘, 인도, 홍콩, 호주, 우리나라 등 전세계로 퍼져 나갔다.⁴⁾ 과잉금지원칙은 ‘인권법의

-
- 1) Vicki Jackson, Mark Tushnet, "Introduction", *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki Jackson, Mark Tushnet, Cambridge University Press(2017), p. 1; Matthias Klatt, Moritz Meister, "Proportionality-A Benefit to Human Rights? Remarks on the I·CON Controversy", 10 *International Journal of Constitutional Law*(2009), p. 1.
 - 2) Stephen Gardbaum, "Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far?", *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki Jackson, Mark Tushnet, Cambridge University Press(2017), p. 221.
 - 3) 황치연, 헌법재판의 위헌심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문(1995), 제28-40쪽; Alec Stone Sweet, Jud Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", 47 *Columbia Journal of Transnational Law*(2008), pp. 97-111; Dieter Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", 57 *University of Toronto Law Journal*(2007), pp. 384-387. 이에 반대하는 견해로, Bernhard Schlink, "Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?", 22 *Duke Journal of Comparative & International Law*(2012), p. 296 참조.
 - 4) Aharon Barak, *Proportionality -Constitutional Rights and their Limitations-*, Cambridge University Press(2012), pp. 181-206; Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press(2013), pp. 10-14; 캐나다를 통한 영연방 국가로의 확산에 대해서는 특히 Alec Stone Sweet, Jud Mathews 2008, *op. cit.*, pp. 123, 124를, 영국 대법원의 과잉금지원칙 논증구조에 관해서는 Julian Rivers "Proportionality and Variable Intensity of Review", *Cambridge Law Journal*, 65-1(2006), pp. 189, 190를, 뉴질랜드의 과잉금지원칙에 관해서는 Michael Taggart, "Proportionality, Deference, Wednesbury", *New Zealand Law Review*(2008), pp. 441-445를 각 참조. 비례원칙의 역사적 형성과정에 대해서는 김민주, WTO협정상 건강보호 및 식품안전규정에 대한 비례성원칙 적용에 관한 연구, 고려대학교 법학박사학위논문(2013), 제48-53쪽 참조.

범지구적 엔진'이자⁵⁾ '만국공용어'라고 불릴 정도로 확산되었는데,⁶⁾ 이러한 극적인 확산은 헌법적 관념이 다른 나라에 성공적으로 이식된 가장 중요한 예로 평가된다.⁷⁾

과잉금지원칙이 전세계적 현상이기는 하지만, 그 구체적 적용례에 있어서는 나라별로 다양한 편차가 있다.⁸⁾ 그 중 흔히 'Oakes test(이하 'Oakes 심사'라 한다)'라고 불리는 캐나다 연방대법원의 과잉금지심사는 세계 여러 나라의 사법부의 과잉금지원칙 관련 판결에 인용되었다.⁹⁾ 이러한 영향력 때문에 Oakes

나아가 비례원칙은 국제법상 일반적 법원리로 인정되어 유엔인권위원회(UN Human Rights Commission), 세계무역기구(World Trade Organization), 국제투자분쟁해결센터(International Center for the Settlement of Investment Disputes)와 같은 국제기구 역시 비례원칙을 적용하고 있다[Alec Stone Sweet, Jud Mathews 2008, *op. cit.*, pp. 138-159; Jochen von Bernstorff, "Proportionality Without Balancing: Why Judicial Ad Hoc Balancing is Unnecessary and Potentially Detrimental to the Realisation of Individual and Collective Self-determination", *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, ed. Liora Lazarus et al, Hart Publishing(2016), p. 74; Beverley McLachlin, "Proportionality, Justification, Evidence and Deference: Perspectives from Canada", *Asia-Pacific Judicial Colloquium*(2015), available at <https://www.hkcfa.hk/filemanager/speech/en/upload/144/Proportionality,%20Justification,%20Evidence%20and%20Deference%20-%20Perspectives%20from%20Canada.pdf>, p. 5].

이러한 경향 때문에 '과잉금지원칙의 시대(age of proportionality)'라는 표현까지 사용된다 [Francisco Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press(2017), p. 2; Aharon Barak, "Proportionality and Principled Balancing", 4 *Law & Ethics of Human Rights*(2010), p. 14; Vicki Jackson, "Constitutional Law in an Age of Proportionality", 124 *Yale Law Journal*(2015), p. 3096]. 이러한 전세계적 경향에 대한 중요한 예외가 미국이다. 미국이 헌법 분야에서 과잉금지원칙을 받아들이지 않은 것은 미국 헌법의 세계적 영향력 감소의 원인으로 평가되기도 한다(Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat 2013, *op. cit.*, pp. 1, 4).

- 5) "global engine of human rights law"[Grant Huscroft, Bradley Miller, Grégoire Webber, "Introduction", *Proportionality and Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, ed. Grant Huscroft, Bradley Miller, Grégoire Webber, Cambridge University Press(2014). p. 3]
- 6) "lingua franca"[David Bilchitz, "Necessity and Proportionality: Towards A Balanced Approach?", *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, ed. Liora Lazarus et al, Hart Publishing(2016), pp. 47-51]; 과잉금지원칙을 수용함으로써 당해 국가는 과잉금지원칙을 적용하는 "판사들의 국제적 커뮤니티"에의 입장권을 얻는다(Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat 2013, *op. cit.*, pp. 134-136).
- 7) Matthias Kumm, "Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice", 2 *International Journal of Constitutional Law*(2004), p. 595; Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat 2013, *op. cit.*, pp. 2, 134-136.
- 8) Alec Stone Sweet, Jud Mathews 2008, *op. cit.*, pp. 162-164; Matthias Klatt, Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press(2012), pp. 7, 9; Grant Huscroft, Bradley Miller, Grégoire Webber 2014, *op. cit.* pp. 2, 3.
- 9) Aharon Barak 2012, *op. cit.*, p. 182; Sujit Choudhry, "So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section

심사는 독일 연방헌법재판소의 과잉금지원칙 적용 방법만큼 중요하게 평가되기도 한다.¹⁰⁾

Oakes 심사는 ‘목적의 충분한 중요성(sufficient importance of objective)’, ‘합리적 관련성(rational connection)’, ‘최소피해성(minimal impairment)’, ‘효과의 비례성(proportionality of effects)’의 4단계 하위 판단 단계로 구성된다. 캐나다 연방대법원의 *Oakes* 심사를 살펴보면 두 가지 특징을 관찰할 수 있다. 첫 번째는 *Oakes* 심사의 논증구조 중 최소피해성과 효과의 비례성에 관하여 새로운 판례의 흐름이 형성되고 있다는 점이다. 이는 캐나다 연방대법원이 2009년에 선고한 *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* 판결(이하 ‘*Hutterian Brethren* 판결’이라 한다)에서¹¹⁾ 본격화 된 것으로 보인다. 이 판결에서 McLachlin 대법원장이 집필한 4인의 다수의견은¹²⁾ 최소피해성에 관하여 다음과 같이 판시하고, 효과의 비례성 논증에 집중한다.

효과의 비례성 판단에서 비로소 헌장상 권리 제한의 정도가 얼마나 심한지가 검토되므로 최소피해성과 효과의 비례성을 구별함으로써 ‘논증의 명료함과 투명성(analytical clarity and transparency)’을 확보할 수 있다. 사법부는 최소피해성 판단 단계에서 심판대상조항의 입법목적 달성 정도를 임의로 줄일 것이 아니라, 심판대상조항만큼 입법목적을 달성할 수 있는 대안이 없음을 인정한 다음, 효과의 비례성 판단 단계로 나아가야만 한다.¹³⁾

이와 반대로, *Hutterian Brethren* 판결에서 LeBel 대법관이 집필한 2인의 소수의견은¹⁴⁾ 다음과 같이 판시한 다음 최소피해성 논증에 집중한다.

과잉금지원칙 판단은 최소피해성과 효과의 비례성 사이의 밀접한 관련에 달려 있다. 두 단계에서 사법부의 목표는 동일하다. (중략) 최소피해성과 효과

1”, 34 *Supreme Court Law Review*(2006), p. 502.

10) 캐나다는 독일과 어깨를 나란히 하여 과잉금지원칙의 연원으로 평가되기도 하고(Vicki Jackson, Mark Tushnet 2017, *op. cit.*, p. 1), ‘캐나다권리자유헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms)’의 영향력은 미국 헌법을 능가하였다고 평가되기도 한다[Jamie Cameron, “The McLachin Court and the Charter in 2012”, *The Supreme Court Law Review*, Vol. 63(2013), p. 15; Mark Tushnet, “The Charter’s Influence Around the World”, *Osgoode Hall Law Journal* Vol. 50, Issue 3(2013), pp. 528-532, 536-538].

11) [2009] 2 S.C.R. 567, para. 76.

12) McLachlin 대법원장, Binnie 대법관, Deschamps 대법관, Rothstein 대법관.

13)[2009] 2 S.C.R. 567, para. 76.

14) LeBel 대법관, Fish 대법관.

의 비례성 사이에 분명한 논리적 구별을 두는 것이 매력적일지 모른다. 그러나 권리 제한이 정당한지를 판단하기 위해서는 입법대안이 입법목적 달성을지 여부뿐 아니라 입법목적이 어느 정도까지 실현되어야 하는지에 대한 판단도 해야 한다.¹⁵⁾

Hutterian Brethren 판결에서의 위와 같은 의견대립 이후의 캐나다 연방대법원의 *Oakes* 심사 관련 판례들을 관찰해 보면, 위 다수의견과 같이 최소피해성과 효과의 비례성을 엄격히 구별하고, 효과의 비례성 판단에 집중하는 판례들이 늘어나고 있음을 알 수 있다.

Oakes 심사의 두 번째 특징은 *Oakes* 심사의 강약을 정하기 위한 입법재량의 존중 정도에 대한 판시에서 찾아볼 수 있다. 예컨대, 캐나다 연방대법원은 *Hutterian Brethren* 판결에서 *Oakes* 심사를 시작하면서 입법재량의 존중 정도에 대해 다음과 같이 설시한다.

심판대상조항이 피고인의 자유를 직접 제한하는 형사처벌조항일 때보다는 심판대상조항이 사회문제에 대처하기 위한 복잡한 규제입법일 때, 사법부는 캐나다권리자유헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms) 제1조 분석 전반에 걸쳐 더 입법부를 존중하는(deferential) 태도를 취하게 된다. (중략) 해결이 어려운 사안에 대해 책임감 있고 창의적인 해결책을 마련하는 것을 위협할 정도로 합헌성의 기준이 높게 설정되어서는 결코 안 된다. 일정한 정도의 deference를 부여하는 것이 적합하다.¹⁶⁾

캐나다권리자유헌장(Canadian Charter of Rights and Freedoms, 이하에서는 문맥에 따라 ‘캐나다권리자유헌장’ 또는 ‘헌장’이라 번역한다) 제1조는 대한민국헌법 제37조 제2항에 상응하는 일반적 법률유보조항이다. 따라서 위 판시는 *Oakes* 심사의 각 하위 원칙 적용에 있어 입법자를 얼마나 존중할지라는 쟁점을 ‘deference’라는 개념을 매개로 해결하면서 그 구체적인 기준을 제시하는 내용이다. 위 판시 내용을 보면, 캐나다 연방대법원이 그 동안의 판례들을 통해 deference 부여 기준을 나름대로 정립해왔음을 짐작할 수 있다.

과잉금지원칙 적용에 있어 입법자에 대한 존중의 정도는 입법재량의 허용범위와 연결되는데, 이는 흔히 ‘과잉금지원칙의 적용강도’라고 표현된다. 과잉금

15) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, [2009] 2 S.C.R. 567, paras. 191, 192.

16) *Ibid.*, para. 37.

지원칙의 적용강도에 관한 deference 법리는 캐나다 연방대법원은 물론이고, 커먼로 전통에 서 있는 법원의 과잉금지원칙 적용에 있어 공통적으로 논의되기 때문에, 학계에서도 이에 관하여 많은 연구가 이루어져 있다.¹⁷⁾ 특히, 캐나다 연방대법원은 독일 연방헌법재판소보다 과잉금지원칙 적용강도를 폭넓게 다루었다고 평가되기도 한다.¹⁸⁾ 이 논문은 *Oakes* 심사의 두 가지 특징인 ‘최소피해성과 효과의 비례성 논증구조’ 및 ‘deference 법리’를 중심으로 *Oakes* 심사의 논증구조 및 그 적용강도를 분석하는 것을 주된 연구 목표로 한다. 아울러 그 연구결과를 바탕으로 우리 헌법재판소의 과잉금지원칙 논증구조와 적용강도를 분석함으로써 시사점을 얻고자 한다.

제2절 연구의 범위

과잉금지원칙이라는 용어와 비례원칙이라는 용어는 같은 의미로 취급되기도 한다.¹⁹⁾ 또한 ‘비례원칙’은 법익의 균형성 원칙만을 가리키는 경우가 있기도 하고,²⁰⁾ 평등권 침해 여부에 적용되는 비례원칙과 자유권 침해 여부에 적용되는 비례원칙이 같은 것인지에 논란이 있기도 하다.²¹⁾ 또한 비례원칙은 국가와 시민과의 관계를 넘어 시민 상호간의 관계에까지 확장되어 적용되는 경우도

17) Mark Elliot, Robert Thomas, *Public Law*, Oxford University Press(2014), p. 546; Alan Brady, *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act - An Institutionally Sensitive Approach* -, Cambridge University Press(2012), pp. 1, 3, 8-11; Tom Hickman, “Problems of Proportionality”, *New Zealand Law Review*(2010), pp. 303-326; Jeremy Gunn, “Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis”, 19 *Emory International Law Review*(2005), pp. 476-487. 커먼로 국가들의 행정법 영역에서의 deference 논의에 관한 개괄적 비교로는, Janina Boughey, “Re-Evaluating the Doctrine of Deference in Administrative Law”, 45 *Federal Law Review*(2017), pp. 597-625 참조.

18) Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge University Press(2017), p. 122.

19) 예컨대, 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호(2007. 6.), 제276쪽; 강승식, “비례의 원칙의 적용방안에 관한 연구”, 세계헌법연구 제17권 제2호(2011), 제55쪽; 김태호, “행정법상 비례의 원칙 - 대법원 판례를 중심으로 -”, 공법연구 제37집 제4호(2009. 6.), 제90쪽. 협의의 비례원칙과 광의의 비례원칙을 구별하여 광의의 비례원칙 중 자유권의 영역에서 법익교량의 원칙이 특수화 된 것을 과잉금지원칙으로 보는 견해로, 한수웅, 헌법학 [제9판], 법문사(2019), 제486쪽.

20) 이러한 관점에 서면, 넓은 의미의 비례성원칙과 좁은 의미의 비례성원칙을 구별해야 한다. 예컨대, 김민주, 위의 책(2013), 제30쪽.

21) 정문식, “평등위반 심사기준으로서 비례원칙”, 부산대학교 법학연구 제51권 제1호(2010. 2.), 제8-10쪽.

있고,²²⁾ 헌법기관의 조직과 권한에 관한 규정에 적용되기도 한다.²³⁾ 나아가 비례원칙을 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙의 상위 개념으로도 보는 견해도 있다.²⁴⁾ 과잉금지원칙의 ‘과잉’은 피해의 최소성 원칙과 직접적으로 연결될 뿐이고, 나머지 하위 원칙과는 직접적인 연결고리가 없으므로, 과잉금지원칙보다는 비례원칙이라는 용어가 적절하다는 견해도 있다.²⁵⁾

비례원칙이라는 용어는 이와 같이 그 의미와 사용 범위가 통일되어 있지 않다. 이 논문은 헌법상 권리의 침해 여부를 판단하기 위해 목적의 정당성 원칙, 수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙을 차례로 적용하는 논증구조를 연구의 대상으로 한다. 이러한 논증구조는 심판대상이 헌법상 권리를 너무 심하게 제한하는 것은 아닌지의 판단에 초점이 맞춰져 있다. 이러한 측면을 감안하여 이 논문에서는 목적의 정당성 원칙, 수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙을 차례로 적용하여 헌법상 권리의 침해 여부를 판단하는 위헌심사적도를 지칭하는 경우에만 ‘과잉금지원칙’이라는 용어를 사용하기로 한다.²⁶⁾ 그 외의 경우에는 모두 ‘비례원칙’이라는 용어를 사용하기로 한다.

과잉금지원칙은 영어권에서는 통상 ‘proportionality’라는 용어로 지칭된다. 이는 이 논문에서 말하는 과잉금지원칙은 물론이고, 비례원칙까지 포함하는 넓은 의미로 사용되기도 한다. 이 논문에서는 ‘proportionality’를 문맥에 따라 목적의 정당성 원칙, 수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성

22) 비례는 상충 또는 대립에 대한 관계개념인데 비례 과잉은 선제하는 기준에 따른 상태개념임을 전제로 과잉은 편향된 의미, 비례는 중립적인ニュ앙스가 있으므로 상위의 포괄개념은 비례성 원칙이라는 견해로, 이용식, “비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계”, 형사법연구 제25호(2006), 제29, 30쪽.

23) 우리 헌법재판소의 탄핵심판결정, 정당해산결정이 대표적인 예이다. 이에 관한 비판적 분석으로, 문재완, “비례원칙의 과도한 팽창”, 세계헌법연구 제24권 제3호(2018), 제37-42쪽.

24) 비례성원칙이 방어권에서는 과잉금지원칙으로, 급부권에서는 과소보호금지원칙으로 구체화된다는 견해로, 이준일, “헌법상 비례성원칙”, 공법연구 제37집 제4호(2009. 6.), 제35-37쪽; 이준일, 헌법학강의[제7판], 홍문사(2019), 제352, 353쪽; 정종섭, 헌법학원론[제12판], 박영사(2018), 제382쪽. “비례성원칙은 목적과 수단의 관계를 심사하는 모든 기준을 아우르는 것으로 이해하여 과잉금지원칙은 물론 다른 심사기준도 포함하는 상위개념으로 이해하는” 견해로 허완중, “기본권 제약 개념 확장을 통한 헌법 제37조 제2항의 해석”, 헌법논총 제30집, 헌법재판소(2019), 제24쪽.

25) 성경엽, “비례원칙과 기본권”, 저스티스 통권 제136호(2013. 6.), 제8쪽.

26) “과잉금지라는 말이 개념표상을 가장 직접적으로 전달해 준다고 볼 수도 있고, 비례성이라는 용어는 내용이 비어있는 형식일 뿐만 아니라 금지나 명령의 뉴앙스가 들어있지 않기 때문이다.”라는 이유를 들어 ‘비례원칙’대신 ‘과잉금지원칙’이라는 용어를 사용하는 견해로, 황치연, 위의 책(1995), 제62쪽.

원칙의 단계적 판단을 거쳐 헌법상 권리의 제한의 정당화 여부를 판단하는 기준을 의미할 때는 ‘과잉금지원칙’으로, 그 외의 경우에는 ‘비례원칙’ 또는 ‘비례성’으로 번역하여 사용하기로 한다. 또한 과잉금지원칙을 적용하여 공권력 행사의 위헌 여부를 판단하는 사법작용은 영어권에서 ‘proportionality review’ 혹은 ‘proportionality test’라는 용어로 통상 표현된다. 이 논문에서는 이를 ‘과잉금지심사’라는 용어로 지칭하기로 한다.

과잉금지원칙의 네 가지 하위 원칙을 가리키는 용어들도 통일되어 있지 않다. 예컨대 피해의 최소성 원칙에 관해서도 ‘필요성(necessity)’, ‘침해의 최소성’, ‘최소피해성(minimal impairment)’과 같은 용어가 혼용되고 있다. 통상 기본권 침해 여부를 논할 때에는 ‘침해’와 ‘제한’을 구별하여, ‘헌법상 정당화될 수 없는 제한’을 ‘침해’라고 부른다. 이 논문에서는 ‘침해’라는 용어의 이와 같은 특수성을 감안하여, ‘침해의 최소성 원칙’이라는 용어대신 ‘피해의 최소성 원칙’이라는 용어를 사용하기로 한다.

또한 이 논문은 캐나다 연방대법원의 과잉금지심사인 *Oakes* 심사의 하위 원칙을 가리킬 때에만 ‘목적의 충분한 중요성(sufficient importance of purpose)’, ‘합리적 관련성(rational connection)’, ‘최소피해성(minimal impairment)’과 ‘효과의 비례성(proportionality of effects)’이라는 표현을 사용하기로 한다. 한편 이 논문에서 ‘목적의 정당성 원칙’, ‘수단의 적합성 원칙’, ‘피해의 최소성 원칙’, ‘법익의 균형성 원칙’은 문맥에 따라 일반명사로도 사용하기도 하고, 우리 헌법재판소가 적용하는 과잉금지원칙의 하위 원칙을 가리키는 고유명사로도 사용하기로 한다.

끝으로, 헌법상 보장되는 권리를 지칭할 때에는 캐나다 연방대법원의 *Oakes* 심사에 관련된 경우에는 ‘헌장상 권리’라는 용어를, 우리 헌법재판소의 과잉금지원칙에 관련된 경우에는 ‘기본권’이라는 용어를 사용하는 것을 원칙으로 한다. 한편, 과잉금지원칙에 관한 학설은 대체로 개별 국가의 헌법을 염두에 두기보다는 이론적인 관점에서 헌법의 수준에서 보장되는 권리 전반을 다루면서 ‘기본권(fundamental rights)’이라는 용어를 사용하기도 하고, ‘헌법상 권리(constitutional rights)’나 ‘인권(human rights)’이라는 용어를 사용하기도 하는데, 이 논문에서는 이러한 경우 ‘헌법상 권리’라는 용어를 사용하는 것을 원칙으로 하되, 특정 학설의 내용이나 주장을 인용하는 경우에는 원칙적으로 해당 학설에서 사용한 용어에 따르기로 한다.

과잉금지원칙이 전세계로 급속히 퍼져나가는 것에 발맞추어 세계의 헌법학계에서도 과잉금지원칙에 관하여 근래에 많은 연구가 이루어졌다. Kai Möller에 따르면 과잉금지원칙에 대한 연구는 크게 다음의 세 가지 흐름이다.²⁷⁾

첫 번째 흐름은 과잉금지원칙을 상위의 이론적 구조 안에 통합시키는 연구이다. 이 연구의 선구자는 규범을 원리와 규칙으로 구별하고 각각의 특성을 분석함으로써 이로부터 과잉금지원칙을 도출해내는 이론을 구성한 Robert Alexy이다.²⁸⁾ 소크라테스식 논변으로서의 권리 심사 이론을 구축한 Mattias Kumm의 연구와²⁹⁾ 헌법적 권리의 범세계적 모델에 관한 Kai Möller의 연구도³⁰⁾ 이러한 흐름에 서있다.

두 번째 흐름은 과잉금지원칙을 비판하는 연구이다. 이런 흐름에는 과잉금지원칙을 포기하고 권리를 최상위에 두는 대안적인 이론을 구축하려는 연구와³¹⁾ 대안 제시 없이 과잉금지원칙의 단점을 짚어내는 연구가 포함된다. Stavros Tsakyrakis의 연구가 과잉금지원칙을 비판하는 연구의 대표적 예이다.³²⁾ 과잉

27) Kai Möller, “Constructing the Proportionality Test: An Emerging Global Conversation”, *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, ed. Liora Lazarus et al, Hart Publishing(2016), pp. 31-33.

28) Alexy는 규칙과 원리를 구별함으로써 최대화 요구라는 원리의 속성을 통해 형량 법칙을 도출해 낸다[Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press(2002), p. 102]. 그런 다음, 과잉금지원칙의 하위 원칙을 차례로 분석하면서 법익의 균형성 원칙이 곧 형량 법칙과 같다는 결론에 이른다. 이와 같이 Alexy의 이론은 헌법상 권리와 과잉금지원칙이 불가분의 관계에 있는 것으로 파악한다. 반면 Barak은 헌법상 권리와 과잉금지원칙은 불가분의 관계에 있는 것이 아니라고 본다. 양자의 차이에 관한 논의로 Aharon Barak 2017, *op. cit.*, pp. 324-329 참조. 반면, 권리의 본질적 속성과 과잉금지원칙은 별개이기 때문에 과잉금지원칙은 발견될 대상이 아니라 만들어질 대상이라는 견해로, Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 80. 또한 최대화 요구라는 원리의 속성 자체를 인권 이론에 적용할 수 없으므로, 인권에 관한 소송에서 과잉금지원칙을 적용하는 것은 부당하다는 견해로, Francisco Urbina 2017, *op. cit.*, pp. 83-91.

29) Mattias Kumm, “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point and Purpose of Rights-Based Proportionality Review”, 4 *Law & Ethics of Human Rights*(2010), *op. cit.*, p. 141.

30) Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press(2012). Möller는 ‘개인의 자율성(personal autonomy)’을 핵심적인 개념으로 하여 헌법적 권리와 그 제한, 정당화에 대한 일반이론을 구축한다.

31) 대안적인 이론으로는 인권의 정당한 제한 여부를 가리는 명확한 기준을 각 인권의 개별적이고 특수한 지위를 고려하여 인권의 정의 단계에서부터 수립하고자 하는 ‘범주적 논증(categorical reasoning)’이 있다. 예컨대, Francisco Urbina 2017, *op. cit.*, pp. 215-251. 이를 ‘구조적 접근(framework model)’이라고도 한다. 이에 관해서는 Davor Šušnjar, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, Martinus Nijhoff Publishers(2010), pp. 77-79; Alec Stone Sweet, Jud Mathews 2008, *op. cit.*, p. 164 각 참조.

32) Stavros Tsakyrakis, “Proportionality: An Assault on Human Rights?”, 7 *International*

금지원칙의 확산에도 불구하고 과잉금지원칙에 대해 반론을 제기하는 연구도 꾸준히 이루어지고 있다.³³⁾ 과잉금지원칙에 대한 반론은 ①과잉금지원칙이 사법부에게 지나치게 큰 권한을 주기 때문에 사법적극주의를 허용한다는 점, ②과잉금지원칙이 인권의 우월적 지위를 오히려 약화시킨다는 점을 주로 비판한다.³⁴⁾ 이러한 견해들은 과잉금지원칙 중 법익의 균형성 원칙 판단을 생략해야 한다는 견해로 이어지기도 한다.³⁵⁾

인권의 우월적 지위를 약화시킨다는 견해는 다시 크게 세 가지로 나뉜다. 첫째는 과잉금지원칙은 인권의 특수성을 담아내지 못하기 때문에 인권 제한의 정당성을 심사하는 기준으로 적당하지 않다는 견해이다.³⁶⁾ 둘째는 법익의 균

Journal of Constitutional Law(2009), pp. 468-493.

33) 이민열, 기본권 제한 심사의 형량, 경인문화사(2016); Francisco Urbina 2017, *op. cit.*, pp. 105-110; Stavros Tsakyrakis 2009, *op. cit.*, pp. 470, 471; Jochen von Bernstorff 2016, *op. cit.*, pp. 68-86.

34) 과잉금지원칙에 대한 반론들에 대한 상세한 재반박에 관해서는 Matthias Klatt, Moritz Meister 2012, *op. cit.*, pp. 15-73 참조. 특히 법익의 균형성 원칙 판단이 사법적극주의의 도구로 사용된다는 반론에 대한 재반박에 관해서는 Niels Petersen, *op. cit.*, pp. 183, 184를, 과잉금지원칙이 사법부에 지나치게 큰 제한을 부여하여 권력분립의 원리에 반한다는 주장 및 '미국의 범주화 방식의 사법심사(American categorization)'가 과잉금지원칙보다 인권 보호에 적합하다는 주장에 대한 반박으로는 Aharon Barak 2010, *op. cit.*, pp. 16-18 참조.

35) Jochen von Bernstorff 2016, *op. cit.*, p. 63.; 법익의 균형성 원칙 판단 생략론의 변형된 형태로, 캐나다에서 표현의 자유 제한 사안의 경우에는 비교형량을 통해 얼마나 표현의 자유의 핵심에 가까운지를 판단하여 과잉금지원칙의 적용강도를 정하고, 구체적인 심사의 국면에서는 피해의 최소성 원칙까지만 판단하자는 견해도 있다[Chanakaya Sethi, "Beyond *Irwin Toy*: A New Approach to Freedom of Expression under the Charter", 17 *Appeal: Review Current Law and Law Reform*(2012), p. 38].

이러한 견해들은 과잉금지심사 대신에 미국 연방대법원식의 범주적 논증을 해야 한다는 견해로 이어지기도 한다. 범주적 논증에 대한 비판으로는, Chanakaya Sethi 2012, *op. cit.*, p. 25; Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, pp. 395, 396; Iryna Ponomarenko, "The Unbearable Lightness of Balancing: Towards a Theoretical Framework for the Doctrinal Complexity in Proportionality Analysis in Constitutional Adjudication", 49 *University of British Columbia Law Review*(2016a), pp. 1129-1132; Jorge Silva Sampaio, "Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights", *Proportionality in Law*, ed. David Duarte, Jorge Silva Sampaio, Springer(2018), pp. 78-80, 94, 96; Mattias Kumm 2004, *op. cit.*, pp. 589-593; Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 55, 156 등 참조. 특히, 비교형량이라는 요소를 100% 배제하고 인권의 우월적 지위를 확보하는 대안은 인권을 제한 불가능한 절대적 권리로 만드는 것인데, 이는 입법부의 기능을 마비시켜 사회를 작동할 수 없게 만들 뿐이므로, 인권경시론은 포퓰리스트들의 선동적 표현에 다름 아니라는 반박으로, Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, pp. 1145, 1146 참조.

36) 대표적으로, Francisco Urbina 2017, *op. cit.*, pp. 105-110; Stavros Tsakyrakis, pp. 470, 471. Tsakyrakis의 주장에 대한 직접적인 반박으로 Madhavi Khosla, "Proportionality: An Assault on Human Rights?: A Reply", 8 *International Journal of Constitutional Law*(2009), pp. 298-306 및 Matthias Klatt, Moritz Meister 2009, *op. cit.*, pp. 687-708 참조.

형성 원칙에서 이루어지는 법익형량은 서로 공통적인 단위가 없는 대상들을 서로 비교하는 것일 뿐이므로, 합리성을 인정할 수 없다는 견해이다.³⁷⁾ 셋째는 과잉금지원칙은 구체적인 사안을 해결할 뿐이고, 이를 통해 다른 사건에서의 과잉금지원칙 적용 결과를 예측하기는 어려우므로 법적안정성이 결여되어 있다는 견해이다.³⁸⁾

위와 같은 내용의 과잉금지원칙 연구의 첫 번째 흐름과 두 번째 흐름이 과잉금지원칙으로부터 한 발 떨어져 과잉금지원칙을 거시적인 관점에서 보는 연구라면, 과잉금지원칙 연구의 세 번째 흐름은 과잉금지원칙의 내부를 들여다보는 미시적인 연구이다. 과잉금지원칙 연구의 세 번째 흐름은 과잉금지원칙의 중요성을 인정하는 것을 전제로 하여 과잉금지원칙이 구체적인 소송에서 실제로 어떻게 적용되고 있고, 적용되어야 하는지를 다룬다. 예컨대 피해의 최소성 원칙에 대한 David Bilchitz의 연구,³⁹⁾ 법익의 균형성 원칙에서의 기본권 제한 정도의 측정방법에 관한 Jorge Silva Sampaio의 연구,⁴⁰⁾ 과잉금지원칙의 적용강도에 대한 Alan Brady의 연구,⁴¹⁾ 독일 연방헌법재판소, 캐나다 연방대법원, 남아프리카공화국 헌법재판소의 2015년 12월까지의 위헌 판결 전부를 논증구조와 사법적극주의의 관점에서 비교 연구한 Niels Petersen의 연구가⁴²⁾ 이와 같은 흐름에 해당한다.

Kai Möller의 분류에 따르면, 이 논문은 과잉금지원칙 연구에 관한 세 번째 흐름에 위에 서 있다. 이 논문은 과잉금지원칙의 중요성과 가치를 인정하는 바탕 위에서 어떻게 하면 과잉금지원칙을 효과적으로 적용할 수 있는지를 밝히고자 한다. 이 논문의 연구 범위는 크게 두 가지이다. 첫째는 과잉금지원칙이

37) 대표적으로, Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press(2009), pp. 89-97; Francisco Urbina 2017, *op. cit.*, pp. 53-74.

38) Jochen von Bernstorff 2016, *op. cit.*, pp. 68-86. 이러한 견해들 및 그에 대한 비판은 Beverley McLachlin 2015, *op. cit.*, p. 10[McLachlin은 범주적 논증 대신 ‘정의 단계에서의 접근법(definitional approach)’라는 용어를 사용한다]; Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 54-58 참조. 과잉금지원칙의 가장 중요한 기능을 “구체적 법익형량을 통하여 개별사건에서의 정의를 실현”하는 것으로 보는 전제 하에 “법익형량의 결과에 대한 예측가능성이 감소하여 법적 불안정성이 초래되는 것은 개별적 정의의 실현을 위하여 치러야 하는 대가”라고 보는 견해로, 한수웅, 위의 책(2019), 제484쪽.

39) David Bilchitz 2016, *op. cit.*, pp. 41-62.

40) Jorge Silva Sampaio 2018, *op. cit.*

41) Alan Brady 2012, *op. cit.*

42) Niels Petersen 2017, *op. cit.*

세부적으로 어떠한 내용으로 구성되어 있는지를 규명하는 것이다. 둘째는 입법 재량 존중의 측면에서 과잉금지원칙 적용의 강약을 어떻게 조절할 수 있는지이다. 이 논문에서는 과잉금지원칙을 이루는 세부적인 하위 판단기준을 ‘과잉금지원칙의 논증구조’로, 입법 재량 존중의 관점에서 과잉금지원칙 적용의 엄격함을 조절하는 것을 ‘과잉금지원칙의 적용강도’라 지칭하기로 한다. 요컨대, 이 논문은 과잉금지원칙의 논증구조와 적용강도를 연구의 범위로 삼는다. 이 연구는 과잉금지원칙의 적용을 세밀하게 들여다보는 미시적인 연구이므로, 거시적인 관점에서 이루어지는 과잉금지원칙에 대한 비판론은 과잉금지원칙의 논증구조와 적용강도를 이해하는 데에 도움이 되는 한도 내에서만 살펴본다.

과잉금지원칙에 대해서는 우리나라에서도 그 동안 많은 연구가 이루어졌으나, 캐나다의 연방대법원의 과잉금지원칙을 살펴본 연구는 드물다. 시야를 캐나다 헌법 전반으로 넓혀 보아도 상황은 크게 다르지 않다. 그동안 이루어진 캐나다 헌법 관련 선행 연구는 크게 세 가지 유형이다. 첫째는 캐나다의 국가구조 전반이나 헌법전 자체에 대한 자료제공을 목표로 하는 연구이다.⁴³⁾ 둘째는 정치학의 관점에서 캐나다의 연방제도를 연구한 유형이다.⁴⁴⁾ 셋째는 법학의 관점에서 캐나다 헌법을 분석적으로 연구한 유형이다.⁴⁵⁾ 캐나다 헌법에 관한 선행연구들 중 김선희의 2017년 연구가 캐나다 연방대법원의 사법심사에

43) 이 유형에 속하는 것으로, 전재경, “1982년의 캐나다 신헌법”, 법조 제34권 제12호(1985), 제147-172쪽; 조의연, “캐나다의 법원구조와 법관인사제도”, 외국사법연구수집, 법원도서관(2004), 제611-688쪽; 장지원, 윤광재, 주요제국의 행정제도 동향조사: 캐나다의 연방정부조직, 한국행정연구원(2005); 한국법제연구원, 주요국가의 헌법동향-캐나다-, 한국법제연구원(2006); 이곤형, “캐나다의 대법원 구성 및 법관 임명, 인사제도 연구”, 국외훈련검사 연구논문집 제27집, 법무연수원(2012), 제671-754쪽; 국회도서관, 세계의 헌법-40개국 헌법 전문-제2권, 국회도서관(2018), 제316-355쪽이 있다.

44) 이 유형에 속하는 것으로, 손병권, 이옥연, “미국과 캐나다의 연방제도 비교 연구”, 국제정치논집 제44집 제4호(2004), 제319-339쪽; 이옥연, “연방제를 통한 통합과 분권의 구현: 캐나다의 경험을 중심으로”, 세계지역연구논총 제24집 제1호(2006), 245-273쪽이 있다.

45) 이 유형에 해당하는 것으로, 강일신, 과잉금지원칙에서의 법익비교형량-헌법이론적·비교헌법적 연구-, 헌법재판소 헌법재판연구원(2018), 제28-43쪽; 김형남, “캐나다 연방대법원의 사법심사제도에 관한 연구”, 공법학연구 제7권 제5호(2006), 제211-226쪽; 김형남, “캐나다·미국·한국의 헌법재판기준에 관한 비교법적 연구”, 성균관법학 제19권 제3호(2007), 제131-145쪽; 이수연, 캐나다의 성을 이유로 한 고용상 차별, 이화여자대학교 대학원 박사학위논문(2010); 염지애, 다문화사회에서의 종교의 자유에 관한 비교법적 연구, 고려대학교 대학원 석사학위논문(2014); 김수용, “캐나다의 헌법개정 논쟁 과정과 쟁점”, 법과사회 제54호(2017), 제139-178쪽; 김선희, 캐나다 연방대법원의 사법심사제도-연방과 주 사이의 권한 배분 및 헌장상 권리침해를 중심으로, 헌법재판소 헌법재판연구원(2017); 김선희, 캐나다에서의 헌법적 대화, 헌법재판소 헌법재판연구원(2018)이 있다.

관한 내용이고,⁴⁶⁾ 김선희의 2018년 연구가 캐나다에서의 헌법적 대화에 관한 것이며,⁴⁷⁾ 강일신의 2018년 연구가 캐나다 연방대법원의 과잉금지심사 중 효과의 비례성 부분을 방법론의 관점에서 독일과 비교하고 법이론적으로 평가하는 내용이고,⁴⁸⁾ 이재홍의 2017년 연구가 피해의 최소성 원칙의 논증구조를 분석하면서 캐나다 연방대법원의 논증구조 전환을 간략히 소개하는 내용이다.⁴⁹⁾

구체적으로, 이 논문은 캐나다 헌법에 관한 위와 같은 선행연구들을 출발점으로 삼아 캐나다 연방대법원의 *Oakes* 심사의 논증구조 중 특히 최소피해성과 효과의 비례성을, *Oakes* 심사의 적용강도에 관해서는 deference 법리를 상세히 살펴보는 것을 첫 번째 토대로 삼는다. 다음으로 과잉금지원칙의 논증구조 중 특히 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙에 대한 이론적 분석, 그리고 과잉금지원칙의 적용강도에 대한 이론적 분석을 시도하는 것을 두 번째 토대로 삼는다. 끝으로, 그러한 이론적 분석 결과를 *Oakes* 심사의 최소피해성, 효과의 비례성 및 deference 법리에 각각 적용함으로써 이를 정확히 이해하고, 나아가 우리 헌법재판소의 과잉금지원칙 논증구조 및 적용강도에의 시사점을 도출하기로 한다.

과잉금지원칙은 모든 공권력 작용에 대해 적용될 수 있다. 공권력 작용 중 입법이 가장 재량의 범위가 넓고, 사법부와는 관계에서 재량의 한계설정도 어려운 영역이다. 따라서 이 부분부터 제대로 규명하는 것이 과잉금지원칙의 논증구조와 과잉금지원칙의 적용강도를 분석하는 적절한 출발점이 될 수 있다. 이 논문에서는 위헌법률심판이나 헌법소원심판 등 소송의 종류를 불문하고, 사법부가 법률의 위헌 여부를 심사하는 경우(이하에서는 이를 아울러 ‘법률의 위헌 여부 심사’라 한다)에 한정하여 논의를 전개한다.

또한 이 논문은 법률의 위헌 여부 심사 과정에서 헌법상 권리의 침해 여부를 판단하기 위해 4단계 하위 원칙으로 구성된 과잉금지원칙을 적용하기로 결정을 내린 이후의 상황에 대해서만 살펴본다. 따라서 헌법상 권리의 침해 여부 이외의 사정으로 법률의 위헌 여부가 논란인 경우는 살펴보지 않는다. 또한 과잉금지원칙을 적용할지 여부가 결정되기 이전의 상황도 이 논문의 연구범위를

46) 김선희, 위의 책(2017)

47) 김선희, 위의 책(2018)

48) 강일신, 위의 책(2018)

49) 이재홍, “과잉금지원칙의 논증구조 -피해의 최소성 원칙을 중심으로-”, 저스티스 제163호 (2017. 12.), 제75-131쪽.

벗어난다.⁵⁰⁾ 따라서 예컨대 평등권 침해 여부와 같이 과잉금지원칙을 적용할 지에 논란이 있는 경우는 특별한 사정이 없는 한 이 논문의 연구 대상이 아니다. 다만, 과잉금지원칙의 논증구조와 적용강도를 이해하기 위해 필요한 경우에는 예외적으로 과잉금지원칙 적용 여부의 결정에 관해서도 필요한 범위 내에서 제한적으로 살펴본다.

요컨대, 이 논문의 연구범위는 4단계 하위 원칙으로 구성된 과잉금지원칙을 적용하여 법률의 헌법상 권리의 침해 여부를 판단하기로 결정한 이후에, 특히 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙의 세부적인 논증구조를 구체적으로 어떻게 설정해야 하는지와 입법재량을 고려하여 과잉금지원칙의 적용강도를 어떻게 조절해야 하는지에 한정하는 것을 원칙으로 한다. 이와 같은 범위의 연구를 수행하기 위해 제2장에서는 캐나다 연방대법원의 *Oakes* 심사의 논증구조를 최소침해성과 효과의 비례성을 중심으로 살펴보고, *Oakes* 심사의 적용강도를 deference 법리를 중심으로 살펴본다. 제3장에서는 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 및 과잉금지원칙의 적용강도를 이론적인 관점에서 살펴보고, 그 결과를 바탕으로 *Oakes* 심사의 최소침해성, 효과의 비례성 및 deference 법리를 이론적으로 분석한다. 제4장에서는 이상의 연구결과를 바탕으로 우리 헌법재판소의 과잉금지원칙 논증구조와 적용강도를 분석함으로써 시사점을 얻어내기로 한다. 끝으로 제5장에서는 이 연구를 통해 해명한 내용을 종합하여 정리한 다음, 과잉금지원칙 연구의 좌표를 점검하고 앞으로의 연구 방향을 전망하기로 한다.

50) 과잉금지원칙의 적용 범위에 관해서는 김대환, “헌법재판의 심사기준의 다양화 가능성과 과잉금지원칙의 헌법적 근거”, 세계헌법연구 제12집 제2권(2006. 12.), 28-33쪽; 문제완, 위의 논문(2018), 제29-43쪽; 전종익, “위헌심판의 심판기준 -선거운동과 표현의 자유를 중심으로-”, 서울법학 제18호(2010), 253, 254쪽; Stephen Gardbaum 2017, *op. cit.*, pp. 228-237; Katharine Young, “Proportionality, Reasonableness and Economic and Social Rights”, *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki Jackson, Mark Tushnet, Cambridge University Press(2017), pp. 256-260 각 참조. 또한, 기본권의 종류를 불문하고 적용 가능한 통합적인 기본권침해 여부 판단 방법에 관해서는 장선미, 사회적 기본권의 실현구조에 관한 연구, 이화여자대학교 박사학위논문(2019), 제220-241쪽 참조.

제2장 *Oakes* 심사의 논증구조 및 적용강도

제1절 *Oakes* 심사의 논증구조

1. 캐나다 연방대법원의 위헌법률심사 개관

가. 캐나다와 캐나다 헌법

캐나다는 10개의 ‘주(province)’와 3개의 ‘준주(territory)’로 이루어진 연방 국가이다.⁵¹⁾ 캐나다는 엘리자베스 2세를 ‘국가원수(Head of State)’로 하는 의회군주제 국가로서 양원제 의원내각제를 채택하고 있다. 캐나다는 북미대륙의 원주민들(First Nations), 프랑스계 이주민들, 영국계 이주민들 등의 역동적인 상호작용을 통해 형성된 국가이다. 특히 각 집단들이 고유한 정체성을 지키려는 노력에서 비롯된 ‘다양성’은 캐나다의 역사와 문화, 정치, 헌법을 가로지르는 특징이다.

캐나다 헌법은 이러한 역사를 반영하듯 단일 문서로 되어 있지 않다.⁵²⁾ Constitution Act, 1867{이하 ‘캐나다헌법[1867]’이라 한다}은 Constitution Act, 1982{이하 ‘캐나다헌법[1982]’이라 한다} 제정 전까지 캐나다 헌법질서의 근간으로 기능해왔다. 캐나다헌법[1867]의 원래의 명칭은 British North America Act, 1867{이하 ‘영국령북미법[1867]’이라 한다}이었고, 정확한 법적 지위는 영국의회가 제정한 법률이었다. 영국령북미법[1867]은 캐나다헌법[1982]의 제53조 제1항 ‘부속서(schedule)’ 제1호에 의해 캐나다헌법[1867]으로 명칭이 변경되었다.

캐나다는 1931년에 제정된 Statute of Westminster에 따라 입법의 측면에서 완전히 영국으로부터 독립하게 되었지만, 영국령북미법[1867]을 비롯한 헌

51) 캐나다가 현재와 같은 연방의 형태를 갖춘 것은 비교적 최근의 일이다. Newfoundland가 10번째로 캐나다 연방에 합류한 것은 1949년이였다(이후 2001년에 Newfoundland and Labrador로 이름이 변경되었다). 준주 중 1870년에 연방에 합류한 Northwest Territories에서 Nunavut 준주가 분리된 것은 1999년이였다.

52) 헌법 제정의 관점에서 캐나다의 역동적인 역사를 개관하는 내용으로, Jeremy Webber, *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*, Hart Publishing(2015), pp. 9-42 참조. 캐나다 헌법 전반에 대한 기본적인 개관으로는, Adam Dodek, *The Canadian Constitution*, Dundurn Press(2016) 참조.

법적 지위를 가지는 법률의 개정권은 여전히 영국의회에 유보되어 있었다. 캐나다만의 독자적인 헌법질서는 캐나다헌법[1982]를 통해 헌법개정권을 캐나다로 이양함으로써⁵³⁾ 비로소 완성되었다. 캐나다헌법[1982]는 법체계상으로는 영국법률인 Canada Act 1982{이하 ‘캐나다법[1982]’라 한다} ‘B 부속서(Schedule B)’이다.⁵⁴⁾ 캐나다법[1982] 제1조는 같은 법 B 부속서에 규정된 캐나다헌법[1982]이 캐나다 전역에 구속력이 있다고 규정하고, 제2조는 캐나다헌법[1982]의 발효 이후에는 영국 의회가 캐나다에 효력을 미치는 법률을 제정할 수 없다고 규정한다.

캐나다헌법[1982] 제52조 제2항은 캐나다헌법(Constitution of Canada)에는 (a) 캐나다 헌법[1982], (b) 캐나다헌법[1982]의 ‘부속서(schedule)’에 명시된 30개의 ‘법률(Act)’ 또는 ‘명령(order)’, (c) 위 (a), (b)에 대한 개정법률 또는 개정명령이 ‘포함된다(includes)’고 규정한다. 캐나다 연방대법원은 이 조문의 ‘포함된다(includes)’라는 표현은 이 조문이 열거적인 규정이 아니라는 의미이고, 따라서 캐나다 헌법의 목록은 더 늘어날 수 있다고 판시하였다.⁵⁵⁾

캐나다헌법[1867]에는 헌법의 최고규범성이 명문으로 규정되어 있지 않았다. 헌법의 최고규범성은 캐나다헌법[1982] 제52조 제1항에 규정되었고,⁵⁶⁾ 이로써 캐나다 연방대법원의 위헌법률심사권의 확실한 근거가 마련되었다. 또한 캐나다헌법[1867]에는 권리장전이 포함되어 있지 않았으나, 캐나다헌법[1982]의 ‘제1장(Part 1)’에 처음으로 34개 조문에 걸쳐 헌법상 권리에 관한 규정을 두었고,⁵⁷⁾ 이를 ‘캐나다권리자유헌장(Canadian Charter of Rights and

53) 이를 ‘patriation’이라 한다. 캐나다헌법[1982]에 의한 캐나다 헌법질서의 주요 변화로, (1) 인권 보장의 헌법전화, (2) 원주민들의 권리의 헌법적 확인, (3) 캐나다의 독자적 헌법개정절차 신설, (4) 재생불가능 자원 권리의 주에의 귀속을 들 수 있다[Roy Romanow, John Whyte, Howard Leeson, *Canada... Notwithstanding: The Making of Constitution 1976-1982*, Thompson(2007), p. 263]. 1982년 헌법 제정에 관한 상세한 내용은 Patrick Monahan, Byron Shaw, *Constitutional Law*, Irwin Law(2013), pp. 188-237도 참조.

54) Canada Act 1982의 Schedule A는 Canada Act 1982 본문의 프랑스어본이다.

55) *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia(Speaker of the House of Assembly)* 1 S.C.R 319, 378. 제52조 제2항에 열거된 법령들과 헌법적으로 중요한 법령들의 세부적인 내용은, Bernard Funston, Eugene Meehan, *Canadian Constitutional Documents Consolidated*, Carswell(2007) 참조.

56) 캐나다헌법[1982] 제52조 제1항 캐나다헌법은 캐나다의 최고법이다. 헌법에 어긋나는 법률은 헌법에 저촉되는 한도에서 구속력 및 효력이 없다(The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect).

57) 캐나다헌법[1982]는 7개 장 60개 조로 구성되어 있다. 그 중 제1장이 캐나다권리자유헌장이며

Freedoms)’이라 명명하였다.⁵⁸⁾

나. 캐나다 연방대법원의 사법심사권과 캐나다권리자유헌장

캐나다헌법[1867] 제101조는 캐나다 연방의회에 캐나다 전역을 관할하는 상고심 법원을 포함한 각종 법원을 설립할 권한을 부여하였고, 의회는 1875년에 연방대법원법을 제정하여 캐나다 연방대법원을 설립하였다. 캐나다 연방대법원은 대법원장을 포함하여 9명의 대법관으로 구성된 캐나다의 최고법원이다.⁵⁹⁾ 대법관 중 세 명은 퀘벡주 출신이어야 한다.⁶⁰⁾ 심리정족수는 5인이고 심리에 참여한 대법관들의 다수결로 판결한다.⁶¹⁾ 캐나다 연방대법원은 주 최고법원 또는 연방 2심 법원의 판결에 대한 상고심 법원으로 기능하는데, ‘허가 상고(leave to appeal)’ 사건, ‘권리상고(appeals as of right)’ 사건,⁶²⁾ ‘권고

로, 예컨대 헌장 제1조는 캐나다헌법[1982] 제1조이기도 하다. 캐나다권리자유헌장의 헌법화는 의회에 의한 인권 보장 전통, 연방과 주 사이의 권한 배분 등의 문제와 얽혀서 매우 어려운 과정을 거쳐서 이루어졌다. 이에 관한 자세한 내용은 Roy Romanow, John Whyte, Howard Leeson 2007, *op. cit.*, pp. 216-259 참조. 특히 연방과 주 사이의 긴장관계가 헌법 개정에 있어 주요한 요소였는데, 헌장 제33조에 규정된 의회의 ‘반복 권한(override power)’도 연방과 주 사이의 긴장관계가 반영된 것으로 볼 수 있다(*Ibid.*, pp. 259, 277).

58) 캐나다헌법[1982] 제34조 이 장은 캐나다권리자유헌장이라는 명칭으로 인용될 수 있다.

59) 다만, 형사사건의 경우 1933년까지, 민사사건의 경우 1949년까지 영국국왕의 ‘추밀원 사법위원회(the Judicial Committee of the Privy Council)’가 캐나다 연방대법원 판결의 상급심으로 기능하였기 때문에 캐나다 연방대법원의 역할에는 구조적인 한계가 있었다. 캐나다 연방대법원을 거치지 않고 주법원에서 곧바로 추밀원 사법위원회로 상고하는 것도 가능했다(Jeremy Webber 2015, *op. cit.*, p. 120).

60) 연방대법원법(Supreme Court Act) 제4조, 제6조, 제35조. 대법원장 이외의 대법관은 ‘puisne judge’라고 부른다. 또한 관행상 세 명의 대법관은 온타리오 주에서, 한 명의 대법관은 동부의 주에서, 나머지 두 명의 대법관은 서부의 주에서 임명된다[이상의 내용은, Robert Sharpe, Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, Irwin Law(2017), p. 134]. 대법관의 정년은 75세이지만, 대부분의 대법관은 정년이 되기 전에 사임하고 로펌이나 학계로 진출한다[Adam Dodek, Rosemary Cairns Way, “The Supreme Court of Canada and Appointment of Judges in Canada”, *The Oxford Handbook of Canadian Constitution*, ed. Peter Oliver, Patrick Macklem, Nathalie des Rosiers, Oxford University Press(2017), p. 213].

61) 연방대법원법 제25조, 제26조. 또한 캐나다 연방대법원의 심리는 커먼로 전통에 따라 당사자주의에 입각한 절차로 진행된다. 각 당사자는 통상 40쪽 이내의 준비서면을 제출하고, 1시간 이내의 구두변론을 할 수 있다. 평의를 포함한 변론 이후의 심리절차는 비공개이다. 평의 후에 다수의견에 가담한 대법관 중 대법원장이 지명하는 1인이 다수의견 초고를 회람하고, 이에 기초하여 보충의견, 반대의견들이 나오고 결국 최종 판결문이 완성된다. 이 과정에서 대법관들을 도와 조사와 연구를 하고 최종 결정문 작성을 지원하는 로클럭들이 중요한 역할을 한다(이상의 내용은 Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, p. 138).

62) 허가상고 사건이 대략 80%, 권리상고 사건이 대략 20%이다(Adam Dodek, Rosemary Cairns Way 2017. *op. cit.*, p. 213).

의견(references)의 사건을⁶³⁾ 다룬다.

어떠한 사건에서든 캐나다 연방대법원은 헌법에 관한 쟁점에 대해 판단할 수 있다.⁶⁴⁾ 다만, 캐나다헌법[1982] 제정 전까지의 헌법적 판단은 캐나다헌법[1867]상 연방주의를 사법심사의 척도로 삼거나,⁶⁵⁾ 커먼로 법리, 제정법에 대한 해석을 통해 이루어졌을 뿐이었다.⁶⁶⁾ 이는 헌법 수준의 권리장전의 부재라는 구조적 제약 때문이기도 하지만, 인권 보장을 의회의 임무로 여기는 영국 전통의 영향 때문이기도 하다.⁶⁷⁾ 캐나다헌법[1982]에 위헌법률심사의 근거규정이 마련되고, 캐나다권리자유헌장도 그 헌법의 일부로 규정됨에 따라 캐나다 연방대법원의 위헌법률심사권은 이전과는 비교할 수 없을 정도로 커졌다.⁶⁸⁾ 이로 인해 캐나다 연방대법원은 명실상부한 헌법의 수호자로서의 임무를 수행하게 되었고,⁶⁹⁾ 조용한 국가기관에서 국민의 시선이 언제나 집중되는 국가기관으로 탈바꿈하였다.⁷⁰⁾

헌장상 권리의 사법적(司法的) 보장은 통상 법적 분쟁에 관한 소송에서 당사자가 해당 사건의 사실관계에 적용되는 법률이 헌장상 권리를 침해하여 위헌, 무효라는 주장을 하면 개시된다.⁷¹⁾ 헌장상 권리침해 등 법률에 대한 위헌 주장이 제기되면, 법원은 주 및 연방 법무부장관에게 이를 통지한다. 대부분의 주에서 이러한 통지를 강제하고 법무부장관의 소송참가를 허용하는 소송법 규정을 두고 있다.⁷²⁾ 이는 캐나다 연방대법원이 헌장상 권리 제한이 있다는 사실에 대해서는 청구인에게, 그러한 헌장상 권리 제한이 정당화된다는 점에 대

63) 연방대법원법 제53조. 대법원이 법적 쟁점에 대한 정부의 질문에 대해 권고적 의견의 형태로 답을 하는 이 제도는 우리에게 매우 낯설지만, 캐나다에서는 매우 중요한 기능을 하고 있다.

64) 그밖에 캐나다 연방대법원의 구성과 관할에 관해서는 Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*[2018 Student Edition], Thompson Reuters Canada(2018), pp. 8-1 내지 8-32; Jeremy Webber 2015, *op. cit.*, pp. 111-121 참조.

65) Peter Hogg 2018, *op. cit.*, 36-5, 40-2.

66) 캐나다헌법[1982] 제정 전까지의 인권 보장 체제에 관해서는 Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, pp. 4-19 참조.

67) *Ibid.*, p. 5.

68) Jeremy Webber 2015, *op. cit.*, pp. 178, 179.

69) Antonio Lamer, "A Brief History of the Court", *The Supreme Court of Canada 1875-2000*, Dundurn & Supreme Court of Canada(2000), p. 5.

70) Beverley McLachlin, "Preface", *The Supreme Court of Canada 1875-2000*, Dundurn & Supreme Court of Canada(2000), p. 5.

71) Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th edn., Vol II, Thomson Carswell(2007), p. 771.

72) *Ibid.*, pp. 792, 793.

해서는 정부에게 입증책임을 부과하는 것과⁷³⁾ 관련이 있는 것으로 보인다. 위헌 주장이 제기되면 법원은 심급을 막론하고 법률이 헌장상 권리를 침해하여 무효인지를 판단한다.⁷⁴⁾

이와 같이 법률의 위헌 여부 심사는 민사, 형사 등 통상적인 소송계속중에 개시되는 것이 일반적이다. 다만, 캐나다 연방대법원은 법무부장관이 법률의 위헌 여부의 확인만을 구하는 소송을 제기하는 것을 허용한다.⁷⁵⁾ 또한 캐나다 연방대법원은 극히 예외적으로 어떠한 법률이 공익과 관련된 경우에는 해당 법률에 의해 특별한 영향을 받지 않는 사인도 법률의 위헌 여부의 확인만을 구하는 소송을 제기할 수 있도록 한다.⁷⁶⁾ 나아가 행정입법에 의한 헌장상 권리 침해와 같이 헌법 제52조 제1항에 의한 법률에 대한 무효선언으로 구제가 불가능한 헌장상 권리 침해에 대해서는 헌장 제24조 제1항에⁷⁷⁾ 의한 권리구제소송의 제기도 가능하다.⁷⁸⁾

캐나다권리자유헌장에 의하여 캐나다 연방대법원의 사법심사권이 크게 확대되었으나, 캐나다권리자유헌장은 국가의 행위에만 적용될 뿐이고, 재산권과 사회적 기본권에 관한 명시적 규정은 두고 있지 않다. 이로 인하여 캐나다권리자유헌장 제정 후에도 사인간의 인권침해 사안이나 사회적 기본권의 보장 등에 있어서는 법률이 인권 보장에 있어 중요한 기능을 담당하고 있다. 이러한 이유 때문에 인권을 보장하는 방향으로 법률을 해석해야 한다는 법률 해석 원칙이나, 연방 권한 침해를 이유로 한 주법에 대한 무효선언을 통한 법원의 간접적인 인권 보장 역시 캐나다권리자유헌장에 따른 사법심사와 별도로 사법부에 의한 인권 보장 기제로 작동한다.⁷⁹⁾

다. 캐나다권리자유헌장 제1조의 일반적 법률유보조항

캐나다권리자유헌장 '제1조(section 1)'는 헌장상 권리에 대한 일반적 법률

73) *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, 106, 107

74) Peter Hogg 2007, *op. cit.*, pp. 793, 794.

75) *Ibid.*, p. 776. 뿐만 아니라 공익인권 단체들의 참가도 널리 허용된다. 이에 관해서는 Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, pp. 120, 121.

76) Peter Hogg 2007, *op. cit.*, pp. 776-781.

77) 제24조 제1항 이 헌장에 의해 보장된 권리나 자유를 침해받거나 박탈당한 사람은 관할법원에 해당 사건에 적절하고 공정한 구제조치를 청구하는 소송을 제기할 수 있다.

78) Peter Hogg 2018, *op. cit.*, pp. 40-28.

79) Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, pp. 180, 181

유보 규정인데, 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

1. (권리 및 자유의 보장) 권리 및 자유에 관한 캐나다헌장은, 이 헌장에 규정된 자유와 권리에 대하여는, 자유롭고 민주적인 사회에서 명백히 정당화될 수 있을 정도로 합리적인 법률에 의한 제한만이 가능함을 보장한다.⁸⁰⁾

캐나다권리자유헌장은 헌장상 권리 제한이 정당화될 수 있는 형식적 요건으로 “법률에 규정되어야 할 것”을 요구하고,⁸¹⁾ 실질적 요건으로 “자유롭고 민주적인 사회에서 명백히 정당화될 수 있을 정도로 합리적인 제한일 것”을 규정한다. 두 가지 요건 중 “자유롭고 민주적인 사회에서 명백히 정당화될 수 있을 정도로 합리적인 제한”이 과연 무엇인지는 1986년 캐나다 연방대법원의 *R. v. Oakes* 판결(이하 ‘*Oakes* 판결’이라 한다)⁸²⁾에서 구체적으로 판시되었다.⁸³⁾

2. *Oakes* 판결에 의한 *Oakes* 심사 논증구조의 정립

가. *Oakes* 판결

(1) 사안의 개요

80) 원문은 다음과 같다.

Guarantee of Rights and Freedoms

1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

다만, 프랑스어본은 아래와 같이 보장과 제한을 두 개의 문장으로 구별하여 규정한다.

Garantie des droits et libertes

1. La Charte canadienne des droits et libertes garantit les droits et libertes qui y sont enonces. Ils ne peuvent etre restreints que par une regle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se demontrer dans le cadre d’une societe libre et democratique.

위와 같은 차이에 관한 분석으로, Pierre Blache, “The Criteria of Junstification under *Oakes*: Too Much Severity Generated Through Formailism”, 20 *Manitoba Law Journal*(1999), p. 438.

81) 캐나다 연방대법원은 이 때 “법률”이란 예측가능성이 보장되는 최소한의 명확성을 갖춘 법률이어야 함을 요구하는 경향이 있다(Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, pp. 67-69).

82) *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

83) *Oakes* 판결 이전에 내려진 *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 S.C.R. 295 판결에서도 과잉금지심사가 언급되었다(위 판례집 p. 352). 다만, 이 사건은 입법목적이 쟁점이었기 때문에 과잉금지심사에 관한 본격적인 논증이 없었고, 제시된 과잉금지심사의 세부원칙도 최소피해성까지만을 내용으로 하였다.

David Edwin Oakes는 유통 목적 마약소지죄로 기소되었다.⁸⁴⁾ 마약단속법 제8조는 피고인에게 마약소지 사실이 입증될 경우 유통의 목적으로 소지한 것으로 추정하고 유통 목적이 아님을 피고인이 입증하도록 입증책임을 전환하는 내용이다.⁸⁵⁾ Oakes에 대한 형사재판에서 마약단속법 제8조가 캐나다권리자유헌장 제11조에 규정된 무죄로 추정 받을 권리를 침해하여 위헌인지가 쟁점이 되었다.⁸⁶⁾ 캐나다 연방대법원은 관여 대법관 7인 전원 일치로 마약단속법 제8조가 캐나다권리자유헌장 제11조의 무죄추정을 받을 권리를 침해하여 위헌이라고 판결하였다.⁸⁷⁾

84) 마약단속법(Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1.) 제4조 제2항 누구도 유통 목적으로 마약을 소지할 수 없다[4. (2) No person shall have in his possession a narcotic for the purpose of trafficking].

85) 원문은 다음과 같다(강조 표시는 필자가 한 것이다). 8. In any prosecution for a violation of subsection 4(2), if the accused does not plead guilty, the trial shall proceed as if it were a prosecution for an offence under section 3, and after the close of the case for the prosecution and after the accused has had an opportunity to make full answer and defence, the court shall make a finding as to whether or not the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3; if the court finds that the accused was not in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be acquitted but if the court finds that the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, and thereafter the prosecutor shall be given an opportunity of adducing evidence to establish that the accused was in possession of the narcotic for the purpose of trafficking; if the accused establishes that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be acquitted of the offence as charged but he shall be convicted of an offence under section 3 and sentenced accordingly; and if the accused fails to establish that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged and sentenced accordingly.

86) 캐나다권리자유헌장은 제11조 (d)항에서 다음과 같이 무죄로 추정받을 “권리”를 규정한다. “기소된 사람은 누구든지, 독립되어 있고 중립적인 재판기관에 의한 공정하고 공개된 공판을 거쳐 법률에 따라 유죄로 판결되기 전까지는 무죄로 추정받을 권리가 있다.” 원문은 다음과 같다.

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

참고로, 마약단속법 제8조의 위헌 여부에 관한 하급심 법원의 판단은 다음과 같다. 제1심인 온타리오주 지방법원(Ontario Provincial Court)은 마약의 소지 사실과 유통 목적 사이에 합리적 혹은 필연적 관련성이 없으므로, 마약단속법 제8조는 캐나다 캐나다권리자유헌장상 무죄추정권을 침해하여 무효라고 판단하였다[R. v. Oakes (1982), 38 O.R. (2d) 59]. 제2심인 온타리오주 항소법원(Ontario Court of Appeal)은 무죄추정권도 캐나다권리자유헌장 제1조에 의해 제한할 수 있으나, 입증책임전환 규정은 입증된 사실과 추정 사실 사이의 합리적 관련성이 있는 경우에만 캐나다권리자유헌장 제1조에 의해 정당화될 수 있다고 판시한 다음, 마약단속법 제8조는 합리적 관련성이 없으므로, 캐나다권리자유헌장 제11조 소정의 무죄추정권 침해로 무효라고 판단하였다[R. v. Oakes (1983), 145 D.L.R. (3d) 123].

(2) *Oakes* 심사의 논증구조 판시 내용

Oakes 판결에서 법정의견은 Dickson 대법원장이 집필하였는데, 그 중 캐나다 권리자유헌장 제1조 위반 여부에 관한 논증 부분은 후에 '*Oakes* 심사'로 불리게 된다. 이 부분 판시는 그 중요성이 크므로, 구체적인 내용을 전부 살펴본다.⁸⁸⁾

69. 제한이 합리적이며 자유롭고 민주적인 사회에서 명백하게 정당화될 수 있다는 사실을 증명하려면 두 가지 핵심 기준을 충족해야 한다. 첫째, 캐나다 권리자유헌장의 권리 또는 자유에 제한을 가하는 수단이 추구하는 목적이 헌법이 보호하는 권리나 자유보다 우선해야 할 정도로 충분히 중요한 것이어야 한다. 사소한 목적 또는 자유롭고 민주적인 사회에 필수적인 원칙에 부합하지 않는 목적이 제1조의 보호를 받지 않도록 하기 위해 그 기준은 엄격해야 한다. 어떠한 목적이 충분히 중요한 것이라고 할 수 있으려면, 이는 최소한 자유롭고 민주적인 사회에서 긴절하고 중대한 어려움을 해결할 필요성과 관련되어 있어야 한다.⁸⁹⁾

70. 둘째, 충분히 중요한 목적이 인정된다면 그 다음으로, 제1조를 원용하는 당사자는 선택한 수단이 합리적이며 명백하게 정당화될 수 있는 것이라는 사실을 증명해야 한다. 이는 "일종의 과잉금지원칙 심사"를 포함한다. 비례성 판단의 성격이 상황에 따라 다를 수 있다고 하더라도, 법원은 각각의

87) 다만, Estey 대법관과 McIntyre 대법관은 캐나다 권리자유헌장 제11조 제(d)항과 제1조와의 관계를 제외한 나머지 쟁점에 대해서는 항소심 법원의 판결을 그대로 인용한다는 별개의견을 냈다.

88) 문장부호는 모두 원문에 따른 것이고, 판결문 본문에 인용된 다른 판결들에 대한 인용 표시는 생략하였다.

89) 원문은 다음과 같다. 69. To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a Charter right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, supra, p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

참고로, 판례집에는 단락번호가 인쇄되어 있지 않으나, 온라인으로 접근 가능한 판결문 원문에는 단락번호가 있다(<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do>).

사건에서 사회의 이익을 개인 및 집단의 이익과 비교형량해야 할 것이다. 나의 견해에 의하면, 비례성 심사에는 세 가지 중요한 요소가 존재한다. 첫째, 채택한 수단이 당해 목적을 달성하기 위해 신중하게 계획된 것이어야 한다. 수단은 자의적, 불공정하거나 비이성적인 고려에 기초한 것이 아니어야 한다. 간단히 말해서, 수단은 목적과 합리적 관련성을 가져야 한다. 둘째, 수단이 첫 번째 의미에서 목적과 합리적 관련성을 갖는 경우에도 권리나 자유를 가능한 한 적게 침해하는 것이어야 한다. 셋째, 캐나다권리자유헌장의 권리나 자유를 제한하는 수단이 야기하는 효과와 “충분한 중요성”이 인정된 목적 사이에 비례성이 존재해야 한다.⁹⁰⁾

71. 세 번째 요소와 관련하여, 어떤 수단에 대해 제1조에 따른 의문이 제기되는 경우, 그 일반적 효과는 캐나다권리자유헌장이 보장하는 권리나 의무의 제한이 될 것이다. 권리나 의무의 제한이 있으므로 제1조에 의지하는 것이 필요하다. 그러나 효과에 대한 검토는 여기에 그치지 않아야 한다. 캐나다권리자유헌장은 광범위한 권리와 자유를 보장하고 있으며, 이와 관련하여 거의 무한대의 사실적 상황이 발생할 수 있다. 캐나다권리자유헌장상 권리와 자유에 대한 어떠한 제한은 제한되는 권리나 자유의 성격, 제한의 정도, 제한 수단이 자유롭고 민주적인 사회의 필수 원칙을 침해하는 정도에 비추어 다른 제한 상황보다 심할 수 있다. 설령 목적이 충분히 중요하고, 비례성 판단의 처음 두 요소가⁹¹⁾ 충족된다 하더라도, 수단이 개인이나 집단에 미치는 부정적 효과의 중대성 때문에 목적이 수단에 의해 여전히 정

90) 원문은 다음과 같다. 70. Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, supra, p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, supra, p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

91) 합리적 관련성과 최소피해성을 말한다.

당화되지 못할 수도 있다. 어떠한 수단이 합리적이며 자유롭고 민주적인 사회에서 명백하게 정당화되려면, 그 수단의 부정적 효과가 중대할수록 그 수단이 추구하는 목적이 중요해야 한다.⁹²⁾

(3) *Oakes* 심사의 적용 결과

캐나다 연방대법원은 위와 같이 *Oakes* 심사의 세부적인 판단기준을 제시한 다음, 심판대상조항은 마약유통이라는 심각한 해악으로부터 사회를 방위하기 위한 것이므로 헌법상 보장된 자유나 권리를 제한할만한 충분한 중요성이 있다고 판단한다.⁹³⁾ 이어 *Oakes* 심사의 다음 단계인 합리적 관련성 판단으로 이행한다. 캐나다 연방대법원은 적은 양의 혹은 무시할 수 있을 정도로 소량의 마약을 소지하였다는 것은 마약유통이라는 추론을 뒷받침할 수 없으므로, 매우 적은 양의 마약 소지를 근거로 마약유통의 의도를 추정하는 것인 비합리적이라고 판단한다. 즉, 캐나다 연방대법원은 심판대상조항이 지나치게 적용 범위가 넓기 때문에, 사안에 따라 합리성과 공정성을 잃을 수 있는데, 마약유통이 무기징역형까지 가능한 중대한 범죄라는 점까지 고려하면, 심판대상조항은 합리적 관련성을 충족시키지 못한다고 결론 내린다.⁹⁴⁾ 나아가 캐나다 연방대법원은 심판대상조항이 위와 같이 합리적 관련성을 만족하지 못하므로, 그 이후의 두 단계인 최소피해성과 효과의 비례성은 살펴볼 필요가 없다고 실시한다.⁹⁵⁾

92) 원문은 다음과 같다. 71. With respect to the third component, it is clear that the general effect of any measure impugned under s. 1 will be the infringement of a right or freedom guaranteed by the Charter ; this is the reason why resort to s. 1 is necessary. The inquiry into effects must, however, go further. A wide range of rights and freedoms are guaranteed by the Charter , and an almost infinite number of factual situations may arise in respect of these. Some limits on rights and freedoms protected by the Charter will be more serious than others in terms of the nature of the right or freedom violated, the extent of the violation, and the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and democratic society. Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

93) *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, paras. 73-76.

94) *Ibid.*, para. 78.

95) *Ibid.*, para. 79.

(4) 캐나다권리자유헌장 제1조의 해석론으로서의 *Oakes* 판결의 의의

캐나다 연방대법원이 *Oakes* 판결에서 실시한 과잉금지원칙에 관한 법리는 캐나다권리자유헌장 제1조에 규정된 “자유롭고 민주적인 사회에서 명백히 정당화될 수 있을 정도로 합리적인 제한”에 관한 캐나다 연방대법원의 해석론이다. 캐나다권리자유헌장 제1조는 과잉금지원칙의 근거가 아니라 현저한 재량 일탈 여부만을 심사하는 합리성심사의 근거로 해석될 수도 있지만, 캐나다 연방대법원은 의식적으로 이를 과잉금지원칙의 근거로 해석하였다.⁹⁶⁾

캐나다 연방대법원은 판결문에 국내외의 학설이나 외국의 판례를 출전을 표시하여 인용하는 경우가 많음에도 불구하고, *Oakes* 판결에서는 외국 판례는 물론이고 어떠한 학설도 논거로 제시하지 않았다. 즉, 캐나다 연방대법원이 캐나다권리자유헌장 제1조를 해석한 결과가 *Oakes* 심사 법리라고 실시한 것이다.⁹⁷⁾ 이는 *Oakes* 심사를 캐나다권리자유헌장 자체에 뿌리박기 위한 것으로 보인다.

과잉금지원칙의 근거가 캐나다권리자유헌장 제1조인지에 대해서는 학계에서도 논의가 이루어졌다. 학계의 논의는 ‘캐나다권리자유헌장 제1조의 문언과 *Oakes* 심사의 문언이 다르므로 그 간극을 메울 수 있어야 한다’는 점에서 출발한다.⁹⁸⁾ 그러한 논의 중 캐나다권리자유헌장 제1조의 해석을 통해 과잉금지원칙의 근거를 분명히 하려는 Ponomarenko의 연구 성과가 주목할 만하다. Ponomarenko는 이를 다음과 같은 두 가지 쟁점으로 요약한다.

- ① 캐나다권리자유헌장이 규칙과 같은(rule-like) 형태의 판단구조를 취할 것을 명하는지, 아니면 기준과 같은(standard-like) 형태의 판단구조를 취할 것을 명하는지? 이때 규칙과 같은 형태의 판단구조란 미국의 범주적 논증과 같이 판단구조의 첫 부분인 권리를 정의하는 단계에서 은밀하게 형량이 이루어지는 것을 말한다. 기준과 같은 형태의 판단구조는 형량을 드러내놓고 하는 모든 종류의 형량 논증을 말한다.
- ② 만약, 범주적 논증처럼 규칙

96) Alec Stone Sweet, Jud Mathews 2008, *op. cit.*, p. 115. 캐나다 연방대법원은 *Oakes* 법리를 가다듬는 데에 있어서도 캐나다권리자유헌장상 문언을 근거로 삼는다. 예컨대, *R. v. Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 697, pp. 736-738.

97) Sweet와 Mathews는 이 점을 매우 놀랍다고 평가한다(Alec Stone Sweet, Jud Mathews 2008, *op. cit.*, p. 117).

98) Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, pp. 1134-1135, 1139, 1140.

형태의 판단구조를 취하지 않는다면, 다음으로 어떠한 형태의 심사기준을 택하는 것이 인권 보장에 적합한 것인지를 판단이 남는다. 이때 고려할 수 있는 현실적인 심사척도 선택지는 많지 않다.⁹⁹⁾ (중략) “합리적 제한(reasonable limit)”이라는 헌장의 문언상 선택할 수 있는 것은 합리성심사(reasonableness standard) 혹은 인권을 제한하려고 하는 당사자에게 무거운 입증책임을 부여하는 더욱 엄격하고 충실한 심사의 두 가지이다.¹⁰⁰⁾

첫 번째 쟁점에 관해 Ponomarenko는 캐나다권리자유헌장 제1조와 같은 일반적 법률유보 조항의 존재 자체가 권리를 정의하는 과정에서 추상적 형량을 함으로써 제한의 헌법적 정당화 여부를 판단하는 미국식의 ‘범주적 논증’과 어울리지 않는다고 주장한다. 즉, ‘범주적 논증’은 미국이 그러하듯이 일반적 법률유보 조항 없이도 가능하므로, 헌법제정자가 굳이 헌장 제1조를 둔 것은 ‘범주적 논증’ 대신 권리 제한의 정당화 여부를 심사하는 단계에서 명시적인 형량을 하도록 한 것으로 보는 것이 헌장 제1조의 해석상 타당하다는 것이다.¹⁰¹⁾

두 번째 쟁점에 관해 Ponomarenko는 먼저 합리성심사와 과잉금지심사 사이의 선택에 관해 분석한다. Ponomarenko는 “헌장상 권리의 보장이 원칙이고 제한은 예외이며, 헌장 제1조의 ‘명백하게(demonstrably)’라는 용어가 헌장상 권리 제한을 한 당사자에게 입증책임을 부과할 근거”라는 Oakes판결에서의 Dickson 대법원장의 판시내용을 근거로 과잉금지심사를 선택하는 것이 헌장의 해석상 타당하다고 주장한다.¹⁰²⁾ 다음으로, Ponomarenko는 헌장 제1조의 ‘자유롭고 민주적인 사회(free and democratic society)’라는 표현은 헌장상 권리를 제한하는 법률이 자유롭고 민주적인 사회를 만드는 데에 기여하는 측면이 있을 것을 요구하는 것인데, 헌장 제1조에 ‘명백하게 정당화되는(demonstrably justified)’이라는 표현이 사용된 이상 어떠한 헌장상 권리를 제한하는 법률이 헌장 제1조에 의해 정당화되려면 단순히 합리적인 것만으로는 부족하다는 결론에 이른다.¹⁰³⁾ 이러한 논리에 따라 Ponomarenko는 헌장 제1조의 ‘합리적인 제한(reasonable limits)’이라는 문언은 합리성심사라는 위헌심사척도를 가리키는 것이 아니라 과잉금지원칙이 위헌심사척도임을 전제로 하

99) *Ibid.*, pp. 1143, 1144.

100) *Ibid.*, p. 1148.

101) *Ibid.*, pp. 1145, 1146.

102) *Ibid.*, p. 1148.

103) *Ibid.*, pp. 1148-1150.

여 그 적용강도를 조절할 수 있다는 의미로 해석한다.¹⁰⁴⁾

나. *Oakes* 심사의 논증구조

앞서 직접 인용한 *Oakes* 판결 내용에서 알 수 있듯이 *Oakes* 심사는 크게 목적의 충분한 중요성 여부의 심사를 한 다음 과잉금지심사를 하는 순서로 이루어진다. *Oakes* 심사 중 과잉금지심사는 다시 ‘합리적 관련성(rational connection)’, ‘최소피해성(minimal impairment)’, ‘효과의 비례성(proportionality of effects)’의 삼단계로 나뉜다.¹⁰⁵⁾ 앞 단계를 통과해야 다음 단계의 심사로 나아가고, 어느 한 단계를 통과하지 못하면 다음 단계 심사로 나아갈 필요 없이 곧바로 위헌의 결론에 이른다.¹⁰⁶⁾ 이 논문에서는 편의상 목적의 충분한 중요성까지 포함한 *Oakes* 심사를 ‘제1단계(목적의 충분한 중요성)’, ‘제2-1단계(합리적 관련성)’, ‘제2-2단계(최소피해성)’, ‘제2-3단계(효과의 비례성)’로 분류하여 서술하기로 한다.

이와 같은 판단 구조는 캐나다 연방대법원에 의해 그 후에도 일관되게 유지되어 *Oakes* 심사는 헌장상 권리 침해 여부에 관한 확고한 위헌심사척도로 자리 잡았고,¹⁰⁷⁾ *Oakes* 판결은 ‘성경(holy writ)’이라고 표현될 정도로 굳건한 지위를 획득한다.¹⁰⁸⁾ 하지만, *Oakes* 심사는 일견 간단해 보이는 논증구조와 달리 매우 어려운 것임이 이내 밝혀졌다.¹⁰⁹⁾

Oakes 판결 이후 현재까지 캐나다 연방대법원의 판례를 살펴보면, *Oakes* 심사 중 목적의 충분한 중요성과 합리적 관련성은 그다지 중요한 역할을 하지는 않는다. 이는 위 두 판단 단계 자체가 중요하지 않아서가 아니라, 입법자가 헌법에 반하는 가치를 추구하거나, 입법목적의 달성에 기여하지 못하는 법률을

104) *Ibid.*, p. 1150.

105) 통상 캐나다의 문헌과 판례에서 합리적 관련성은 ‘제1단계(the first step 또는 the first stage)’로, 최소피해성은 제2단계로, 효과의 비례성은 제3단계로 표현된다.

106) 예컨대, *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, para. 79; *Carter v. Canada* [2015] 1 S.C.R. 331, para. 112.

107) Alec Stone Sweet, Jud Mathews 2008, *op. cit.*, p. 118. 특히 표현의 자유와 같은 권리의 경우에는 거의 모든 논의가 *Oakes* 심사 과정에서 이루어질 정도로 결정적인 기능을 한다 [Dwight Newman, “Canadian Proportionality Analysis: 5½ Myths”, 73 *Supreme Court Law Review*(2016), p. 93, fn. 2]

108) Errol Mendes, “Section 1 of the Charter after 30 years: The Soul or the Dagger at its Heart?”, 61 *Supreme Court Law Review*(2013), p. 295

109) Dwight Newman 2016, *op. cit.*, pp. 93-95.

제정하는 경우가 거의 없기 때문이다. 이러한 까닭에 최소피해성과 효과의 비례성이 과잉금지원칙심사에서 주된 역할을 하는 경우가 대부분이다.¹¹⁰⁾

(1) *Oakes* 심사 제1단계: 목적의 충분한 중요성

제1단계는 제한의 목적에 관한 것이다. 제1단계는 심판대상조항의 목적이 헌법상 권리나 자유에 우선되어야 할 정도로 충분히 중요한지를 심사한다.¹¹¹⁾ 이때 충분히 중요하다는 것은 자유롭고 민주적인 사회에서 해결해야 할 긴급하고 중요한 사안들과 관련이 되어 있어야 한다는 의미이다. 예컨대, 특정한 종교를 믿거나 종교적 관습을 강제하는 법률은 정당한 목적이 될 수 없다.¹¹²⁾ 연방대법원은 이를 입증할 증거를 특별히 요구하지 않고 대체로 의회의 판단을 존중하는 경향을 보이지만, 제1단계를 통과하지 못하는 사건들도 더러 있다.¹¹³⁾

(2) *Oakes* 심사 제2단계: 과잉금지심사

심판대상조항이 제1단계 심사를 통과하면 제2단계로 나아간다. 제2단계는 충분히 중요한 입법목적을 달성하기 위해 선택한 수단이 합리적이며 명백히 정당화 될 수 있는지의 심사이다. 캐나다 연방대법원은 제2단계를 ‘과잉금지심사의 일종(a form of proportionality test)’으로 본다.¹¹⁴⁾ 제2단계는 다시 제 2-1, 2-2, 2-3단계로 나뉜다.

110) 이는 다른 나라의 경우도 사정이 비슷하다(Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 38). 목적의 정당성 원칙 위반으로 위헌의 결론에 이르는 예외적인 사례들에 대해서는 *Ibid.*, pp. 117-119 참조.

111) 다만, 캐나다 연방대법원은 경우에 따라 이를 유효한지 혹은 충분히 중요한지의 심사로 완화한다[Sujit Choudhry 2006, *op. cit.*, pp. 509, 510]. 독일과의 차이에 관해서는 Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, p. 388]. 목적의 충분한 중요성 심사에 관한 비판으로, Robert Alexy, “Proportionality and Rationality”, *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki Jackson, Mark Tushnet, Cambridge University Press(2017) p. 19; Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Carswell(2010), pp. 38-44, 38-44.1; Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, pp. 388, 399 참조; 목적의 충분한 중요성 심사와 효과의 비례성 심사의 관계에 관한 판례의 입장으로, *R. v. K.R.J.* 1 S.C.R. 906, para. 61 참조.

112) *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, para. 92.

113) Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, pp. 70-73. 일반적으로 말해 입법목적을 넓게 잡을수록 입법대안을 더 많이 상정할 수 있어서 최소피해성 심사 통과가 어려워진다(*Ibid.*, p. 73). 입법목적을 어떻게 잡는지가 심사의 결론에 곧바로 영향을 주는 것은 아니지만, 논증구조의 강조점을 결정하는 요인이 될 수 있음에 관해서는, *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada* 1 S.C.R. 721, para. 20 참조.

114) *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, para. 70.

(가) *Oakes* 심사 제2-1단계: 합리적 관련성

제2-1단계는 '수단과 목적 사이의 합리적 관련성(rationally connected to the objective)'을 심사한다.¹¹⁵⁾ 이성과 논리에 근거하여 볼 때 입법목적과 심판대상조항 사이에 '조건적 인과관계(causal relationship)'가 있으면 합리적 관련성이 인정된다.¹¹⁶⁾ 캐나다 연방대법원은 과학적 증거를 통한 정확한 입증까지 요구하는 것은 아니지만,¹¹⁷⁾ 입증의 정도는 일반적인 민사사건과 같은 정도여야 한다.¹¹⁸⁾ 그러나 조건적 인과관계로 족하므로 심판대상조항에 의할 경우에만 입법목적이 달성되어야 한다거나, 심판대상조항에 의해 입법목적이 충분한 정도로 달성될 것까지 요구하는 것은 아니다.¹¹⁹⁾ 합리적 관련성이라는 표현에 형량의 요소가 포함된다고 볼 수도 있으나, 캐나다 연방대법원은 아래와 같이 이를 부정한다.

합리적 관련성 단계에서는 단순히 권리 침해적 조치와 정부의 입법목적 사이에 합리적인 연결고리가 있는지를 판단한다. 당해 수단의 긍정적 효과와 부정적 효과 사이의 비교형량은 헌장 제1조 분석의 마지막 단계의 판단 대상이다.¹²⁰⁾

즉, 심판대상조항이 없다고 가정할 경우 입법목적 달성의 정도가 줄어들기만 한다면 합리적 관련성은 인정된다.¹²¹⁾ 캐나다 연방대법원은 제2-1단계 심사의 적용강도를 완화하여 의회의 판단을 존중하는 경향이 있기 때문에 제2-1단계 심사를 통과하지 못하여 위헌이 되는 사건은 드물다.¹²²⁾ 특정 집단에 대한 해

115) 캐나다 연방대법원의 합리적 관련성 심사에 관한 분석으로 Carrissima Mathen, "Rational Connections: *Oakes*, Section 1 and the Charter's Legal Rights", 43 *Ottawa Law Review*(2012), pp. 491-509 참조.

116) *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)* [1995] 3 S.C.R. 199, para. 153.

117) Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, p. 76.

118) '증거의 우위(balance of probabilities, preponderance of evidence)'를 의미한다 {*RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)* [1995] 3 S.C.R. 199, para. 153}.

119) *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)* [2015] 1 S.C.R. 3, para. 143.

120) *Alberta v. Hutterian Brethren* [2009] 2 S.C.R. 567, para. 51.

121) 다만, *Oakes* 판결 및 그 이후의 판결에서 캐나다 연방대법원은 합리적 관련성이란 자의성, 불공정성이나 비이성적 고려가 없음을 의미한다고 실시하기도 한다. 이러한 실시는 엄밀한 의미에서 조건적 인과관계와는 다른 내용이기 때문에 합리적 관련성 심사에 관해서도 그 정확한 내용이 무엇인지에 관해 혼란이 있다. 그러나 이는 이 논문의 주된 분석 대상이 아니므로 간단히 언급하는 데에 그친다.

122) Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, p. 73

택을 배제하는 것이 입법목적 달성에 기여할 수 없다는 논리 구조에 의하는 경우가 합리적 관련성을 부정하는 대표적인 예이다. 예컨대 캐나다 연방대법원은 동성혼이 파탄된 경우에는 경제적 지원을 하지 않도록 하는 심판대상조항은 이성혼의 파탄 후 여성의 경제적 어려움 해소라는 입법목적 증진과 합리적 관련성이 없다고 판단하였다.¹²³⁾ 또한 캐나다 연방대법원은 수형자에게 투표권을 배제하는 것은 반민주적이므로 ‘수형자들에 대한 준법교육’이라는 입법목적과 자기모순이고, 공동체 구성원으로서의 집단정체성과 소속감, 책임감을 빼앗을 우려가 있으므로 합리적 관련성이 없다고 판단하였다.¹²⁴⁾

(나) *Oakes* 심사 제2-2단계: 최소피해성

Oakes 판결에 의하면, 제2-2단계 심사는 “심판대상조항이 권리나 자유를 가능한 한 적게 침해하는지(the means should impair as little as possible the right or freedom in question)”를 점검하는 것이다. *Oakes* 판결에서 제시한 제2-2단계 심사의 정의에는 입법대안에 대한 언급이 없다. 또한 *Oakes* 판결은 *Oakes* 심사의 하위 위헌심사척도 중 유독 최소피해성에 대해서는 그 의미를 구체적으로 설명하지 않았다. 하지만 이후 *Oakes* 심사는 *Oakes* 판결에서 단 한 줄의 설명에 불과하였던 최소피해성 위주로 이루어졌다.¹²⁵⁾

이후의 판결에서 캐나다 연방대법원은 *Oakes* 판결에서 제시한 최소피해성을 여러 가지로 다르게 표현하였다. 예컨대, 최소피해성은 “권리에 대한 제한이 그 제한을 정당화하기 위해 제시된 긴절하고 중대한 목적을 위해 합리적으로 재단된 것인지(whether the limit on the right is reasonably tailored to the pressing and substantial goal put forward to justify the limit)” 혹은 “입법목적 달성을 덜 해로운 수단이 있는지(whether there are less harmful means of achieving legislative goal)”라고 표현되기도 하였다.¹²⁶⁾ 이러한 표현들은 서로 정확히 같은 의미가 아닌 것으로 해석할 여지가 있기 때문에 최소피해성의 정확한 의미가 무엇인지가 분명해지는 데까지는 상당한 시간이 필요하였다. 이에 관한 자세한 내용은 항을 달리하여 살펴보기로 한다.

(다) *Oakes* 심사 제2-3단계: 효과의 비례성

123) *M. v. H.* [1999] 2 S.C.R. 3, paras. 108, 109.

124) *Sauvé v. Canada(Chief Electoral Officer)* [2002] 3 S.C.R. 519, paras. 28-53.

125) Patrick Monahan, Byron Shaw 2013, *op. cit.*, pp. 438, 441.

126) *Alberta v. Hutterian Brethren* [2009] 2 S.C.R. 567, para. 53.

제2-2단계 심사를 통과하면 제2-3단계 심사를 하는데, 이는 ‘권리나 자유를 제한하는 수단이 야기하는 효과와 충분한 중요성이 인정된 목적 사이에 비례성이 있는지(proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom and the objective which has been identified as of sufficient importance)’를 판단한다. 이때 비례성이란 심판대상조항의 부정적 효과가 중대할수록 그 입법목적이 중요해야 함을 의미한다.

Oakes 판결의 효과의 비례성 실시 중 첫째로 주목할 점은 효과의 비례성의 중요성을 강조하였다는 것이다. *Oakes* 판결 자체는 합리적 관련성이 쟁점이었음에도 불구하고, 캐나다 연방대법원은 효과의 비례성에 관해 자세히 설명하였고, 특히 효과의 비례성 판단에 이르러야 당해 사안의 구체적인 현장상 권리 제한 정도가 충분히 검토될 수 있고, 그 정당화 여부가 비로소 판단의 중심에 선다는 점을 분명히 실시하였다. 이는 *Oakes* 심사가 과잉금지원칙의 한 가지 적용례인 이상 그 핵심은 비교형량을 내용으로 하는 효과의 비례성임을 인식하였기 때문인 것으로 보인다. 그러나 *Oakes* 판결 이후 캐나다 연방대법원의 판결의 실제에서 효과의 비례성은 그다지 큰 역할을 하지 못하는 경우가 많았다.

Oakes 판결에서 제시한 효과의 비례성 심사에서 두 번째로 주목할 부분은 ‘효과와 목적’ 사이의 비례성이라는 판시이다. 이와 같은 표현은 과잉금지원칙에 대한 강력한 비판론인 ‘비교불가론(incommensurability)’의 손쉬운 표적이 되기 때문이다. 즉 효과와 목적은 서로 공통점이 없는 대상이므로 비교 자체가 불가능하다는 비판이 가능하다. 또한 *Oakes* 심사의 제1단계에서 이미 입법목적의 충분한 중요성을 인정한 이상, 이를 능가할만한 권리나 자유에 대한 제한 효과라는 것이 실제로 존재할 수 있는지에 대해서도 의문을 제기할 수 있다. 추상적 의미에서의 입법목적은 그 중요성을 부정하기 어렵기 때문이다. 이는 후에 효과의 비례성을 재정식화함으로써 해결되는데, 이에 관해서는 항을 달리 하여 살펴본다.

3. 최소피해성과 효과의 비례성 논증구조의 변화

가. 최소피해성의 논증구조의 변형

(1) *R. v. Edwards Books & Art Ltd.* 판결

(가) 사건의 개요

R. v. Edwards Books & Art Ltd. 판결은(이하 '*Edwards Books* 판결'이라 한다)¹²⁷⁾ 7인 이상의 점원과 5,000 제곱피트 이상의 면적을 가진 소매점의 일요일 의무휴업을 강제하고 이에 위반할 경우 10,000 캐나다 달러 이하의 벌금 형에 처할 수 있도록 한 내용의 Ontario 주법조항의 위헌 여부가 쟁점이었다. 심판대상조항은 일요일 휴무를 강제함으로써 근로자들에게 가족과 친구들과 여가 시간을 함께 보낼 수 있는 기회를 보장하는 것이었다. 이에 대해 종교적 신념에 따라 토요일에 휴무하려는 사업주들은 위 심판대상조항이 종교의 자유를 침해하여 위헌이라고 주장하였다. 캐나다 연방대법원은 심판대상조항을 합헌으로 판단하였다.¹²⁸⁾

(나) 최소피해성 판시 내용(Dickson 대법원장 집필)

수단은 '가능한 한 적게(as little as possible)' 헌장상 권리를 제한해야 한다. (중략)¹²⁹⁾ 이 사건의 핵심에 닿아 있는 더 어려운 쟁점은 심판대상조항이 토요일 안식일을 준수하는 사람들의 종교의 자유를 '합리적으로 가능한 범위 내에서 적게(as little as is reasonably possible)' 헌장상 권리를 제한하는 것인지를 다. 물론 제3조 제4항의 예외에 따라 소규모 소매점을 운영하는 토요일 안식일 준수자에 대한 충격이 경감되는 것도 사실이다. 그러나 '주정부가 입법목적 달성을하면서도 종교의 자유에 부정적 효과는 더 적게 미치는 합리적인 대안이 있는지(some resonable alternative scheme which would allow the province to achieve its objective with fewer detrimental effects on religious freedom)' 여부를 반드시 판단해야 한다.¹³⁰⁾

(다) 최소피해성 논증구조 변형의 배경 및 내용

앞서 살펴본 바와 같이 *Oakes* 판결은 최소피해성을 “수단이 목적과 합리적

127) [1986] 2 S.C.R. 713

128) 합헌의견: Dickson 대법원장, Beetz 대법관, McIntyre 대법관, Chouinard 대법관, Le Dain 대법관, La Forest 대법관. 위헌의견: Wilson 대법관.

129) *R. v. Edwards Books & Art Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 713, 768.

130) *Ibid.*, pp. 772, 773. 강조는 필자가 한 것이다.

관련성을 갖는 경우에도 권리나 자유를 가능한 한 적게 제한하는 것이어야 한다.”고 정의한다.¹³¹⁾ 그런데 “가능한 한 적게”이라는 표현은 자칫 심판대상조항이 상정 가능한 최고의 입법안이어야 한다는 의미가 될 수 있다.¹³²⁾ 최소피해성을 이렇게 이해하면, *Oakes* 심사는 법률이 입법자에게 허용된 재량의 한계를 벗어났는지를 심사하는 것이 아니라, 입법자가 최상의 입법을 했는지를 심사하는 것이 될 수 있다. 이는 사법부에 부여된 권한과 기능을 넘어서는 것이므로, 구체적 사안에 적합한 결론을 도출하기가 어려워진다.¹³³⁾

위와 같은 어려움 때문에 캐나다 연방대법원이 *Oakes* 판결 이후 10개월도 되지 않은 시점에서 *Edwards Books* 판결을 통해 ‘합리적으로 가능한 범위 내에서 적게’로 최소피해성의 변형을 시도한 것으로 보인다.¹³⁴⁾ *Oakes* 판결에서의 최소피해성 요건을 통과하려면 심판대상조항은 헌장상 권리의 제한 정도가 가장 적은 수단이어야 하지만, *Edwards Books* 판결에서의 최소피해성 요건을 통과하기 위해서라면 심판대상조항은 헌장상 권리의 제한 정도가 가장 적을 필요가 없다. 심판대상조항은 합리적인 범위 내에서 가능한 한 헌장상 권리를 덜 제한하는 것으로 족하기 때문이다.¹³⁵⁾ 이와 같이 위헌심사척도를 변형한 결과 최소피해성을 사안에 따라 강약을 조절하여 사용할 수 있게 되었지만, 합리적인 범위가 어디인지를 정해야 하게 되었다. 결국 캐나다 연방대법원

131) *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, para. 70(강조는 원문의 꺾임표표를 밑줄로 바꾼 것이다).

132) Christopher Dassios, Clifton Prophet, “Charter Section 1: The Decline of Grand Unified Theory and the Trend Towards Deference in the Supreme Court of Canada”, 15 *Advocates’ Quarterly*(1993), p. 301.

133) 과잉금지원칙은 유럽인권협약상 권리 보장의 관점에서 입법자가 넘어서는 안 될 최종적인 하한선에도 못 미치는지를 판단하는 원칙일 뿐이라는 점에 관해서는, Aileen Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press(2009), p. 241; Mark Elliot, Robert Thomas 2014, *op. cit.*, p. 545 참조. 캐나다 연방대법원도 *Edwards Books* 판결에서 ‘법원의 역할은 합헌적인 법률을 고안해 내거나, 어떠한 법률이 더 나은지를 생각해 보는 것이 아니라는 점을 강조한 다음, *Oakes* 심사에서 이루어지는 입법대안에 대한 논의는 심판대상조항의 *Oakes* 심사 제2-2단계 만족 여부 판단이라는 단 하나의 목적을 위한 것일 뿐’이라고 판시하였다(*R. v. Edwards Books & Art Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 713, 783).

134) 이는 위헌심사척도의 ‘재정식화(re-state)’라고 평가되기도 한다(Christopher Dassios, Clifton Prophet 1993, *op. cit.*, p. 301). Dassios와 Prophet은 이러한 판시로 인해 입법대안보다는 입법목적의 중요성에 주안점을 둘 수 있게 되어 최소피해성이 *Oakes* 심사에서 제시된 원형보다 약화되었다고 본다(*Ibid.*, pp. 304, 305).

135) *Oakes* 판결과 *Edwards Books* 판결에서 제시된 최소피해성 위헌심사척도가 서로 완전히 다른 것이라는 견해 및 그에 대한 학계의 분석에 대해서는, Sujit Choudhry 2006, *op. cit.*, pp. 506, 509 참조.

은 ‘합리적인 범위’를 결정하기 위해 최소피해성 단계에서 형량의 요소를 도입하는 방향으로 나아가게 된다.

Edwards Books 판결에서 최소피해성은 *Oakes* 판결을 변형한 형태로 실시되었을 뿐 아니라, 서로 다른 두 가지 표현으로 판시되었다. 최소피해성은 입법대안과의 비교를 명시적으로 언급하지 않는 형태인 “심판대상조항이 합리적으로 가능한 범위 내에서 최소한도로 현장상 권리를 제한하는 것인지”라고도 판시되었고, 입법대안과의 비교를 내용으로 하는 형태인 “입법목적은 달성하면서 현장상 권리는 덜 제한하는 합리적인 대안이 있는지”로도 판시되었다. 이에 따라 이후 최소피해성이라는 위헌심사척도의 내용이 무엇인지에 혼란이 가중된다.

(2) *Edwards Books* 판결 이후의 최소피해성 논증구조의 전개

Edwards Books 판결에서 최소피해성을 두 가지 표현으로 판시한 이후 캐나다 연방대법원의 최소피해성 판단은 그 두 가지 표현 중 어느 하나를 강조하거나 둘 다를 모두 적용하는 등의 형태로 다양하게 전개되었다. 예컨대 아래와 같이 최소피해성 판단에서 입법대안이 심판대상조항만큼 효과적으로 입법 목적을 달성해야 한다고 명시적으로 판시하는 판례도 있다.

캐나다권리자유헌장 제1조 위반 여부에 관한 이 단계의 판단에서 해결하여야 할 문제는 입법부가 심판대상조항만큼 효과적으로 입법목적 달성할 수 있는 대안을 채택할 수 있었는지 여부이다.¹³⁶⁾

또한 캐나다 연방대법원은 다음과 같이 심판대상조항이 최소피해성을 만족시키기 위해 반드시 피해를 최소화할 필요는 없다고 판시하기도 하였다.

최소피해성은 캐나다권리자유헌장에 의해 보장되는 권리의 제한이 정당화될 수 있는지에 관한 논쟁에 있어 핵심이 되는 경우가 많다. 제한되는 권리나 자유를 최소한으로 침해해야만 하는 입법적 제한조치는 그것이 가장 덜 제한적인 조치일 필요는 없다.¹³⁷⁾

136) *R. v. Chaulk* [1990] 3 S.C.R. 1303, 1341. 원문은 다음과 같다. “the question to be addressed at this stage of the s. 1 inquiry is whether Parliament could reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively).” 참고로 이 사건은 심신장애로 인한 책임조각사유의 입증책임을 피고인에게 부과하는 것이 무죄추정권 침해인지 여부가 쟁점이었다. *Adler v. Ontario* [1996] 3 S.C.R. 609 중 McLachlin 대법관의 최소피해성 논증구조도 이와 같다(위 판결, para. 221).

이와 같이 최소피해성이 여러 가지 의미로 사용됨에 따라, *Oakes* 심사의 논증 경향은 최소피해성 판단 부분에서 심판대상조항에 관한 온갖 고려 요소들을 종합하여 헌장상 권리의 제한이 정당화될 수 있는지를 판단하는 쪽으로 흘러갔다.¹³⁸⁾

나. 효과의 비례성의 재정식화: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* 판결

Oakes 판결 이후 효과의 비례성 부분은 이른바 ‘맥락적 접근법(contextual approach)’에¹³⁹⁾ 따라 관련 법익의 추상적인 중요성보다는 구체적인 맥락에서의 중요성을 심사하는 형태로 자리 잡아 갔다. *Oakes* 심사의 효과의 비례성은 *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* 판결(이하 ‘*Dagenais* 판결’이라 한다)에서¹⁴⁰⁾ 분명하게 재정식화 되었다. 이하에서 자세히 살펴본다.

(1) 사안의 개요

이 판결은 *Dagenais* 등 4명의 카톨릭 교회 교사들이 자신들의 성추행 혐의에 관하여 ‘캐나다방송(Canadian Broadcasting Corporation)’이 제작한 영상물의 방영을 자신들에 대한 형사재판이 끝날 때까지 금지하여 달라는 내용의 가처분 신청에 대한 상고사건이다. 심리결과 상고인용 5인, 상고기각 3인으로 상고인용 판결이 내려졌다.¹⁴¹⁾

이 사건에서 캐나다 연방대법원은 피상고인들의 공정한 재판을 받을 권리에

137) *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* [2006] 1 S.C.R. 256, para. 50. 원문은 다음과 같다(강조는 필자). “The second stage of the proportionality analysis is often central to the debate as to whether the infringement of a right protected by the Canadian Charter can be justified. The limit, which must minimally impair the right or freedom that has been infringed, need not necessarily be the least intrusive solution.”

138) Vicki Jackson, “Ambivalent Resistance and Comparative Constitutional Constitutionalism: Opening Up the Conversation on Proportionality, Rights and Federalism”, 1 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*(1999), *op. cit.*, p. 608.

139) Patrick Macklem, Carol Rogerson et al., *Canadian Constitutional Law*, Emond Montgomery Publications(2010), p. 780. 이는 *Edmonton Journal v. Alberta(Attorney General)* 사건의 Wilson 대법관의 보충의견에서 최초로 제시되었다. [1989] 2 S.C.R. 1326, 1355, 1356.

140) [1994] 3 S.C.R. 835.

141) 상고기각 의견: La Forest 대법관, L’Heureux-Dubé 대법관, Gonthier 대법관. 상고인용 의견: Lamer 대법원장, Sopinka 대법관, Cory 대법관, Iacobucci 대법관, Major 대법관

관하여 심리하면서 ‘커먼로(common law)’ 법리에 따라 방영금지로 인한 실질적인 이로운 효과가 방영금지로 인해 발생하는 표현의 자유에 대한 부정적인 파장을 능가하는지를 판단하였다. 이 판단을 하면서 캐나다 연방대법원은 위 커먼로 법리가 *Oakes* 심사의 제2-3단계와 매우 유사하다고 실시하면서 효과의 비례성에서 비교형량하는 것이 무엇인지를 재정의한다. 이 사건에서 재정의된 효과의 비례성 법리는 그 이후 *Oakes* 심사의 효과의 비례성 판단에서 반복적으로 인용된다.

(2) 효과의 비례성의 구체적 내용

Lamer 대법원장이 집필한 다수의견은 *Oakes* 심사의 효과의 비례성 심사의 두 가지 국면에 관해 다음과 같이 판시하였다.

많은 경우에, 어떠한 입법적 조치를 실행하는 것은 입법목적을 완전히 혹은 거의 완전히 실현하는 결과를 낳는다. 이 경우 효과의 비례성 심사에서 살펴보는 것은 입법 목적과 이 목적을 실행하기 위한 입법적 조치를 실행함에 따라 발생한 헌장상 권리에 대한 부정적인 효과 사이의 균형관계이다. 한편, 입법적 조치가 중요한 입법 목적과의 관계에서 합리적 관련성이 인정된다 하더라도 입법 목적을 일부만 실현하는 경우도 있다. 나는 이러한 경우에 *Oakes* 심사의 제2-3단계는 입법적 조치의 목적과 입법적 조치의 집행에서 실제로 발생하는 이로운 효과가 입법적 조치의 기본적 권리와 자유에 대한 해로운 효과 사이에 비례성이 있을 것을 요구하는 것이라고 믿는다. 입법목적은 충분히 긴절하고 중요할 수 있다. 입법적 조치는 그러한 목적과 합리적 관련성이 있을 수 있다. 또한 권리를 덜 제한하는 입법대안이 불가능할 수도 있다. 그럼에도 불구하고, (추상적인 관점에서 본) 입법목적 자체의 중요성이 권리에 미치는 해로운 효과를 능가하는 경우라 할지라도 심판대상조항의 실질적인 이로운 효과가 그 부정적인 효과를 정당화하기에 부족한 경우가 여전히 발생할 수 있다.¹⁴²⁾

요컨대 효과의 비례성이란, ‘심판대상조항의 이로운 효과와 해로운 효과 사이의 비례성(proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures)’을 의미한다. 이어 Lamer 대법원장은 효과의 비례

142) [1994] 3 S.C.R. 835, 887, 888. 밑줄은 원문에 있는 그대로이다.

성 심사의 실체를 두 가지 국면으로 나누어 봄으로써 효과의 비례성 심사의 비교형량의 실체를 다음과 같이 설명한다.

내 생각에는, *Oakes* 심사의 2-3단계를 입법목적과 그 목적을 달성하기 위한 조치의 해로운 효과 사이의 균형에만 관계된 것으로 구체화하는 것은 지나치게 좁은 의미의 비례성 개념을 전제로 하는 것으로 판단된다. 나는 설령 입법목적이 충분히 중요하고, *Oakes* 심사의 제2-1단계 및 제2-2단계가 충족되고, 해로운 효과가 입법목적 사이에 비례성이 있다고 하더라도, 어떠한 입법조치가 그로 인한 해로운 효과와 이로인 효과사이의 비례성이 없다는 이유로 자유롭고 민주적인 사회에서 명백하게 정당화 되는 합리적인 조치가 되지 못하는 경우가 여전히 발생할 수 있다고 믿는다. 따라서 나는 *Oakes* 심사의 제2-3단계를 다음과 같이 재정식화 하고자 한다: 자유와 권리를 제한하는 입법적 조치의 해로운 효과와 입법목적 사이에 비례성이 있어야만 하고, 입법적 조치의 해로운 효과와 이로인 효과 사이에 비례성이 있어야 한다.¹⁴³⁾

이 판결에서 이루어진 효과의 비례성의 재정식화의 핵심은 구체적 비교형량이라는 점에 있다. 입법목적의 추상적 가치와 헌장상 권리의 구체적 제한 정도 사이의 비교형량을 넘어, 심판대상조항에 의해 발생하는 구체적인 이로인 효과와 헌장상 권리에 미치는 구체적인 해로운 효과를 비교형량하여야 하고, 그와 같은 비교형량은 경우에 따라 헌장상 권리 제한이 지나치다는 결론에 이를 수 있다는 것이다. 입법목적은 추상적인 관점에서는 흔히 중대할 수밖에 없지만, 구체적으로 그것이 달성되는 정도는 미약할 수 있기 때문이다.

물론 *Dagenais* 판결에 따르면, 효과의 비례성은 입법목적과 해로운 효과 사이의 비교형량도 의미하나, 이는 심판대상조항이 입법 목적을 완전히 또는 거의 완전히 달성하는 경우에만 적용되는 것이라고 판시되었다. 이 경우에는 추상적인 입법목적과 심판대상조항에 의해 실제로 달성된 입법목적의 구체적인 효과가 동일하다. 따라서 이 경우에도 실제로 비교형량되는 것은 심판대상조항에 의해 발생하는 구체적인 이로인 효과와 심판대상조항이 헌장상 권리에 미치는 구체적인 해로운 효과이다. 결국 *Dagenais* 판결에서 재정식화된 효과의 비례성 판단은 언제나 '구체적 효과'와 '구체적 효과'를 서로 비교하는 것이다. 이

143) *Ibid.*, pp. 887, 889.

와 같이 ‘구체적 효과’라는 측면에서 서로 공통점이 있는 대상을 비교하는 것은 법익의 균형성 원칙에서의 비교는 원리상 불가능하다는 취지의 이른바 ‘비교불가론(incommensurability)’의 비판에 대한 첫 번째 방어선으로서 중요한 의미가 있다.

다. 최소피해성의 비대화 및 효과의 비례성의 공동화(空洞化)

(1) 효과의 비례성을 강조하는 원론적 입장

Oakes 판결에서 캐나다 연방대법원은 *Oakes* 법리를 실시하면서 *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* 판결의 과잉금지심사 부분을 인용하는데,¹⁴⁴⁾ *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* 판결에서 제시된 과잉금지심사의 하위 원칙은 최소피해성까지 만을 내용으로 하는 것이었다.¹⁴⁵⁾ 그럼에도 불구하고 *Oakes* 판결은 제2-2단계(최소피해성)와 제2-3단계(효과와 비례성)를 명확히 구별하여 *Oakes* 심사법리를 정립하였다. 특히 *Oakes* 판결은 효과의 비례성 판단을 어떻게 해야 하는지에 대한 실체적 내용 또한 풍부하게 제시한다. 이와 같이 *Oakes* 법리의 출발점에서부터 캐나다 연방대법원은 *Oakes* 심사의 제2-3단계(효과와 비례성)의 독자적 중요성을 인식하고 있었던 것으로 보인다.

캐나다 연방대법원은 *Oakes* 판결 이후에도, 예컨대 *Thomson Newspapers Co. v. Canada(Attorney General)* 판결에서 아래와 같이 제2-3단계 심사가 제2-2단계 심사와 근본적으로 다른 기능을 수행한다고 명시적으로 판시하기도 하였다.

제2-3단계 심사는 근본적으로 다른 역할을 수행한다. (중략) 제2-1단계 및 제2-2단계 심사에서 초점은 입법적 조치와 현장상 권리 사이의 관계가 아니라 입법적 조치의 목적과 수단 사이의 관계에 맞추어져 있다. 최소피해성

144) *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, para. 70.

145) “우선, 국가가 추구하는 모든 이익이 현장 제1조 위반 여부의 심사 대상이 될 자격이 있는 것이 아니라는 점을 강조하고자 한다. 헌법적으로 보호되는 권리나 자유를 제한할 수 있을 정도가 될 만큼 입법목적이 충분히 중요한지 여부를 판단할 수 있는 기준들을 만들어 나가야 한다. 국가가 추구하는 이익이 충분히 중요한 것이라고 인정된다면, 그 다음 단계로는 그러한 이익을 달성하기 위해 채택한 수단이 합리적인지(reasonable) – 일종의 비례원칙 심사(a form of proportionality test) – 판단해야 한다. 법원은 입법목적을 달성하기 위해 채택된 수단이 입법 목적을 달성하기 위해 가능한 한 적게(as little as possible) 문제되는 권리나 자유를 제한하는 지를 묻고자 할 것이다.”{[1985] 1 S.C.R. 295, p. 352}

부분에서도 헌장상 권리 제한이 얼마나 이루어졌는지를 필수적으로 들여다 보아야 하지만, 이는 당해 입법목적 자체는 문제가 없다고 전제된 상태에서 헌장상 권리 제한이 가능한 최소한 이루어진 것인지를 살펴보는 것에 불과하다. 제2-3단계는 그 전 단계 심사에 드러난 실질적이고 구체적인 요소들을 전제로 하여, 헌장상 권리 제한으로 얻는 이익과 그로 인한 해로운 효과가 캐나다권리자유헌장에 내재한 가치들에 비추어 비례성이 있는지를 평가하는 것이다.¹⁴⁶⁾

(2) 최소피해성이 결정적인 역할을 하는 판례의 확산

위와 같은 원론적 입장에도 불구하고, *Oakes* 판결과 *Edwards Books* 판결 이후 캐나다 연방대법원의 과잉금지심사의 실재를 보면, 거의 대부분 제2-2단계(최소피해성)가 결정적인 역할을 하였다.¹⁴⁷⁾ 그 이유는 캐나다 연방대법원은 주로 제2-2단계(최소피해성)에서 심판대상조항이 과연 최소 침해적 수단인가를 판단하면서 심판대상조항과 관련된 여러 가지 가치와 이익들을 망라적으로 살펴보는 방식으로 형량을 하고 나서 제2-3단계(효과의 비례성)에서는 별다른 논증을 하지 않았기 때문이다.¹⁴⁸⁾ 이러한 경향은 *Edwards Books* 판결에서 최소피해성을 ‘합리적으로 가능한 범위에서 최소한’으로 변형할 때 예고된 것으로 볼 수 있다. 합리적인 범위를 정하기 위해 최소피해성 판단 부분에서 형량을 할 수 있기 때문이다. 예컨대, LeBel 대법관은 다음과 같이 최소피해성 판단을 위해 형량을 해야만 한다고 설시한다.

입법적 조치가 합리적인 범위 내에 들어오는지를 판단하기 위해서 법원은 입법목적과 제한되는 헌장상 권리의 내용을 형량해야만 한다. 법원은 민주

146) *Thomson Newspapers Co. v. Canada(Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, para. 125. 밑줄은 판결문 원문에 있는 것을 그대로 옮긴 것이다.

147) Beverley McLachlin 2015, *op. cit.*, p. 7; Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, pp. 1115, 1116; Don Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, Carswell(2014), *op. cit.*, p. 24. 이러한 경향은 *Oakes* 심사 도입 직후부터 이어져 온 것이다(Christopher Dassios, Clifton Prophet 1993, *op. cit.*, p. 306). 위헌의 결론에 이른 판결만을 보더라도, 2015년 12월까지의 캐나다 연방대법원의 법률에 대한 위헌판결 중 거의 2/3가 최소피해성 위반을 논거로 하였다(Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 100).

148) Vicki Jackson 1999, *op. cit.*, pp. 583, 608; Kai Möller 2012, *op. cit.*, p. 201; Grant Huscroft, Bradley Miller, Grégoire Webber 2014, *op. cit.* p. 3; Marshall Haughey, “The Camera and the Colony: A Comment on *Alberta v. Hutterian Brethren*”, 74 *Saskatchewan Law Review*(2011), pp. 69, 70.

적 헌법이라는 테두리 내에서 가능한 입법대안의 범위를 인식해야만 한다. (중략) 입법목적은 절대적인 것이 아니고, 주어진 것으로 취급되어서는 안 된다. (중략) 입법대안은 입법목적을 완전히 달성하지 못한다고 해도 정당한 것일 수 있다.¹⁴⁹⁾

이와 같이 캐나다 연방대법원이 제2-2단계(최소피해성) 부분에서 형량을 하였기 때문에 제2-3단계(효과의 비례성) 부분에서는 더 이상 논증할 것이 별로 남지 않게 되었고, 결국 효과의 비례성은 과잉금지심사에서 중요한 역할을 하지 못하였다.¹⁵⁰⁾ 그 결과 캐나다 연방대법원의 *Oakes* 심사의 논증은 최소피해성에 집중되었고, 효과의 비례성 부분은 '최소피해성 부분에서 살펴본 바를 토대로 하면 효과의 비례성은 쉽게 인정된다'는 식으로 간략히 마무리 하는 것이 주류적인 경향으로 자리 잡았다.¹⁵¹⁾ 결국 캐나다 연방대법원의 과잉금지원칙 심사에서 효과의 비례성 부분은 앞 단계에서 논증한 바를 다시 한 번 정리하는 것에 불과하게 되었다.¹⁵²⁾

(3) 효과의 비례성을 강조하는 예외적인 판례들

이와 같은 주류적인 판례들과 달리 효과의 비례성에서 주된 논증을 하는 *R. v. Logan* 판결이나¹⁵³⁾ *R. v. Sharpe* 판결과¹⁵⁴⁾ 같은 판결들도 있었으나, 소

149) *Alberta v. Hutterian Brethren* [2009] 2 S.C.R. 567, para. 195.

150) Patrick Macklem, Carol Rogerson et al. 2010, *op. cit.*, p. 778; Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, pp. 394-395.

151) 예컨대, *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)* [1995] 3 S.C.R. 199 중 La Forest 대법관이 집필한 합헌 의견의 최소피해성 판단은 15페이지에 이르지만(*Ibid.*, pp. 304-319), 효과의 비례성 판단은 1/3 페이지에 불과하다(*Ibid.*, pp. 319, 320).

152) Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 102; Patrick Macklem, Carol Rogerson et al. 2010, *op. cit.*, p. 779; 대표적 판결로 *R. v. Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 697, *McKinney v. University of Guelph* [1990] 3 S.C.R. 229. 유사한 경향이 영국에서는 효과의 비례성 심사를 생략하는 형태의 학설이나 판례로 나타나기도 하였다(Julian Rivers 2006, *op. cit.*, pp. 177-179 참조).

153) [1990] 2 S.C.R. 731. 이 판결은 공범 중 1인이 공모한 범위를 넘어서 실행한 범죄행위에 대해 나머지 공범들에게도 같은 죄책을 인정하는 형법 조항에 관한 것이다. 이 판결에서 캐나다 연방대법원은 합리적 관련성까지는 명확히 구별 지어서 판단한 후 최소피해성이나 효과의 비례성이라는 표현을 명시적으로 쓰지 않은 채, 입법대안이 있는지 여부에 관한 검토를 생략하고, 공범의 초과실행을 예견할 수 있었던 경우에까지 초과실행행위에 대해 고의범의 죄책을 지우는 것이 현상상 권리의 과도한 제한인지를 검토하여 위헌의 결론에 이른다(*Ibid.*, pp. 746, 747).

154) [2001] 1 S.C.R. 45. 이 판결은 아동음란물 소지자에 대한 형사처벌조항이 표현의 자유를 지나치게 제한할 정도인지에 관한 것이다. 이 판결에서 캐나다 연방대법원은 효과의 비례성이 과잉금지원칙 판단의 핵심임을 강조하고(*Ibid.*, para. 97), 형량에 공을 들였다(*Ibid.*, paras. 102-110). 반대의견 역시 효과의 비례성 판단을 세밀하게 하였다(*Ibid.*, paras. 234-242).

수에 불과하였다.¹⁵⁵⁾ 또한 최소피해성 중심의 *Oakes* 심사에 반대하는 대법관들의 의견이 제시되기도 하였으나, 판례의 흐름을 바꾸지는 못했다. 예컨대, *R. v. Lucas* 판결에서 McLachlin 대법관과 L'Heureux-Dubé 대법관은 다음과 같이 효과의 비례성의 중요성을 강조하였다.

목적의 충분한 중요성, 합리적 관련성, 최소피해성 부분 판단에서는 제한되는 표현의 자유가 어느 정도 가치 있는지는 아무런 도움이 되지 않는다. 입법목적이 긴급하고 중요한지를 판단함에 있어서 제한되는 표현이 고려될 수 있으나 이는 어디까지나 입법을 통해 해결하여야 할 실질적이고 중요한 위해 혹은 위해 발생의 위험이 있는지를 확인하기 위한 정도에 그칠 뿐이고 제한되는 표현이 얼마나 가치 있는지는 고려사항이 아니다. 합리적 관련성에서는 입법목적과 수단 사이에 합리적 연관성 혹은 헌장상 권리 제한과 입법목적 달성 사이에 논리적 연관이 있는지가 판단의 대상이 될 뿐이다. 최소피해성 부분에서도 심판대상조항 자체가 심사의 초점일 뿐 제한되는 표현의 가치는 판단 대상이 아니다. 제한되는 표현의 내용과 가치는 효과의 비례성 단계에서 고려의 대상이 된다. 표현의 자유의 핵심과 거리가 먼 표현에 대한 입법적 제한이 헌법적으로 정당화되기 쉬운 이유는 정당화 기준 자체가 낮아졌기 때문이 아니라, 제한으로 인한 이로운 효과가 제한으로 인한 어떠한 부정적 효과도 능가하기 때문이다.¹⁵⁶⁾

즉, 위와 같은 소수의견은 표현의 자유의 핵심과 거리가 멀어서 보호가치가 낮은 표현을 제한하는 법률이 헌법적으로 정당화되기 쉬운 이유는 최소피해성을 더 약한 정당화기준으로 변형하였기 때문이 아니라 효과의 비례성에서 이루어진 형량의 결과라는 취지이다.

최소피해성을 강조하는 판례 흐름 속에서, 2007년의 *Canada(Advocate General) v. JTI-MacDonald Corp.* 판결은 다음과 같은 의견을 전원일치로 실시하였다.

최소피해성 판단에서 사건이 해결되는 경우가 가장 많지만, 효과의 비례성 판단은 필수불가결하다. 효과의 비례성 판단에서만 목적 달성과 권리 침해

155) Petersen에 따르면, 이러한 예외적인 판결은 2009년 이전의 법률에 대한 위헌 판결 중 5% 미만이다(Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 102).

156) *R. v. Lucas* [1998] 1 S.C.R. 439, 487, 488. 이 판결은 출판물에 관한 명예훼손죄가 표현의 자유를 침해하는지 여부에 관한 것이다.

가 서로 형량된다. 만약 합리적 관련성과 최소피해성을 만족한다고 해서 심사를 중단해 버린다면, 덜 중요한 목적 달성을 위해 심각한 권리 제한을 용인해 버리게 될 수 있다.¹⁵⁷⁾

이 판결에서도 주된 논증은 최소피해성에 집중되었으나, 효과의 비례성에 관해서도 일정 부분 논증이 이루어졌다.¹⁵⁸⁾ 이 판결은 효과의 비례성 논증에 본격적으로 집중한 2009년의 *Hutterian Brethren* 판결의¹⁵⁹⁾ 전조로 평가할 수 있다.¹⁶⁰⁾

라. 새로운 흐름의 시작: *Hutterian Brethren* 판결

(1) 사안의 개요

피상고인들은 후터파 교도들인데, 우상 숭배 금지에 관한 종교적 신념에 따라 자발적으로 사진을 찍지 않는다. Alberta주 교통안전법은 1974년부터 운전면허증에 사진을 부착하되, 행정청의 재량으로 예외를 인정할 수 있도록 규정하였다. 후터파 교도들은 위 예외 규정에 따라 사진이 부착되지 않은 면허증을 받아왔다.

앨버타 주는 2003년에 교통안전법을 개정하여 종래의 사진 부착 예외 규정을 폐지하고 모든 운전면허증에 사진을 부착하도록 하였다. 이는 모든 운전면허증에 사진을 부착함으로써 운전면허증의 이중발급을 통한 신분위조의 피해를 막기 위해서였다. 피상고인들은 사진을 제출해야만 운전면허증을 갱신할 수 있게 되자 소송을 제기하면서, 모든 운전면허증에 예외 없이 사진을 부착하도록 한 교통안전법 규정이 그들의 종교의 자유를 침해하여 위헌이므로 무효라고 주장하였다.¹⁶¹⁾

157) *Canada(Advocate General) v. JTI-MacDonald Corp.* [2007] 2 S.C.R. 610, para. 46.

158) 효과의 비례성 논증으로 예컨대, *Ibid.*, paras. 52, 68, 94.

159) [2009] 2 S.C.R. 567.

160) Alec Stone Sweet, Jud Mathews 2008, *op. cit.*, p. 163.

161) 하급심의 결과는 다음과 같다. 제1심 법원은 심판대상조항이 캐나다권리자유헌장 제2조 (a)항에서 보장되는 종교의 자유를 제한하나, 그러한 제한이 캐나다권리자유헌장 제1조에 의해 정당화되지 않는다고 판단하였다. 제1심 법원은 신원도용을 막으려는 심판대상조항의 목적은 '긴절하고 중대하므로(pressing and substantial)', *Oakes* 심사의 제1단계는 통과한다고 판단하였다. 또한 의무적인 사진 부착을 통해 신원도용을 막을 수 있으므로 합리적 관련성도 인정된다고 보아 *Oakes* 심사의 제2-1단계도 만족한다고 판단하였다. 그러나 정부는 자신에게 '부당한 부담(undue hardship)'이 될 정도에 이르기 전까지는 청구인들의 특별한 어려움을 완화하는 조치를

이 판결에는 7명의 대법관이 관여하였는데, 4:3으로 합헌결정이 내려졌다.¹⁶²⁾ 대법관들 모두 심판대상조항이 *Oakes* 심사의 제1단계, 제2-1단계를 통과한다는 데에는 의견을 같이 했으나, 제2-2단계 및 제2-3단계 판단의 논증구조나 논증결과에 관해서는 의견이 나뉘었다. 이하에서 최소피해성, 효과의 비례성에 관한 각 대법관들의 구체적인 논증방법과 논증내용을 판결문에 적시된 순서에 따라 차례로 살펴본다.

(2) 4인의 합헌의견: McLachlin 대법원장 집필

(가) 최소피해성 판단

4인의 합헌의견은 긴절하고 중대한 목적을 달성하기 위한 수단이 합리적으로 재단되었는지라는 물음은 입법목적 달성을 덜 해로운 수단이 있는지를 묻는 것과 같다고 전제한 후,¹⁶³⁾ ‘최소피해성은 입법목적 달성을 필요성이 있음을 전제로 하는 판단’이라는 Aharon Barak의 논문을 인용한 다음 아래와 같이 판시한다.

입법목적 실질적으로 달성하지는 못하지만 덜 해로운 수단은 최소피해성 단계에서 고려되지 않는다.¹⁶⁴⁾

취해야 하는데, 이 사건의 경우 그러지 못했기 때문에 최소피해성에 위반된다고 보았다(*Oakes* 심사의 제2-2단계 탈락). 제1심 법원은 심판대상조항의 효과는 제한되는 종교의 자유의 정도에 비해 적다고 결론내리고(*Oakes* 심사의 제2-3단계 탈락), 심판대상조항이 무효라고 판결하였다 [Alberta Court of Queen’s Bench (LoVecchio J.), 2006 ABQB 338, 57 Alta. L.R. (4th) 300]. 한편, 제2심 법원은 법정의견과 반대의견으로 나뉘었는데, 법정의견은 심판대상조항의 목적을 도로교통에 관하여 운전자들의 신원을 적절히 확인하고 무면허 운전을 막기 위한 것으로 보았다. 그런 다음 운전면허가 없는 70만 명의 알버타 주민들에 비해 후터파 교도의 수는 매우 적으므로 그러한 입법목적 달성에 별다른 지장을 주지 않을 것이기 때문에 합리적 관련성이 있는지에 관해 의문을 표시했다. 제2심 법원은 심판대상조항이 피상고인들에게 헌장 제2조 제a항에 의해 보장된 종교의 자유를 ‘합리적으로 조정하지(reasonably accommodate)’ 않았으므로 헌장상 권리를 최소한도로 침해한 것으로 볼 수 없기 때문에 심판대상조항은 위헌이라고 판단하였다. 다만, 반대의견을 제시한 Slatter 판사는 심판대상조항의 입법목적은 신분증명서로서의 운전면허증의 신뢰성과 완전성을 보호하려는 것으로 넓게 본 다음, 정부에 대해 부당한 부담(undue hardship)을 주는 정도에 이르기 전까지 피상고인들의 권리를 조정했는지를 기준으로 볼 때 최소피해성이 만족되고, 심판대상조항에 의한 ‘이로운 효과(salutary effects)’가 ‘해로운 효과(deleterious effects)’를 능가하므로 합헌이라는 의견이었다[Alberta Court of Appeal, 2007 ABCA 160, 77 Alta. L.R. (4th) 281].

162) 합헌의견: McLachlin 대법원장, Binnie 대법관, Deschamps 대법관, Rothstein 대법관, 위헌 의견: Abella 대법관, Lebel 대법관, Fish 대법관.

163) *Ibid.*, para. 53.

164) *Ibid.*, para. 54.

이러한 법리를 전제로 4인의 합헌의견은 후터파 교도들에게만 사진이 없는 면허증을 발급하되 면허증에 “신분증명 용도로 사용불가”라고 적는 입법대안의 경우 전체 데이터뱅크에서 사진 없는 운전면허증 소지자 부분이 비게 되어 신원도용 방지라는 입법목적에 심판대상조항만큼 달성할 수 없으므로, 이러한 입법대안은 최소피해성 단계에서 고려할 수 없다고 판단한다.¹⁶⁵⁾ 나아가 4인의 합헌의견은 심판대상조항 이외의 방법들은 운전면허증을 이용한 신원도용의 위험을 크게 증가시키므로 심판대상조항은 최소피해성을 만족시킨다고 판단한 후, 효과의 비례성 판단으로 나아간다.¹⁶⁶⁾

(나) 효과의 비례성 판단

4인의 합헌의견은 이 사건에서의 효과의 비례성 판단은 ‘심판대상조항이 청구인들에게 미치는 전반적인 영향이 입법목적에 비해 비례성을 잃었는지? 청구인들의 종교의 자유에 미치는 해악을 운전면허에 대해 일률적인 사진 부착을 요구함으로써 얻는 이익과 형량했을 때 권리에 가해지는 제한이 그러한 제한으로 인해 얻는 공공의 이익에 비해 효과의 측면에서 비례성이 있는지?’라는 물음에 답하는 것이라고 정리한다.¹⁶⁷⁾ 그런 다음, 효과의 비례성 법리에 대해 다음과 같이 판시한다.

Dickson 대법원장은 *Oakes* 판결에서 제2-3단계 판단의 중요성을 강조하였으나, 선례에서 실제로 효과의 비례성을 중요하게 사용하는 경우는 많지 않았다. Hogg 교수는 *Oakes* 심사의 네 번째 부분은 사실 군더더기라고 주장한다.¹⁶⁸⁾ (중략) 효과의 비례성 판단에 이르기 전까지 *Oakes* 심사의 삼단계는 기본적으로 입법목적에 관한 판단에 뿌리박고 있을 뿐이다. 오직 네 번째 단계에 이르러서야 심판대상조항이 개인 또는 집단에게 미치는 유해한 영향의 심각성에 대해 전면적으로 들여다 볼 수 있다. (중략) 최소피해성과 효과의 비례성 분석은 다른 종류의 ‘저울질(balancing)’을 포함하므로, 최소피해성과 효과의 비례성을 구별함으로써 ‘논증의 명료함과 투명성(analytical clarity and transparency)’을 확보할 수 있다. 입법 목적을 달성할 수 있는 입법대안이 없을 때에는 심판대상조항에 의한 현상상 권리

165) *Ibid.*, paras. 59, 60.

166) *Ibid.*, paras. 61, 62.

167) *Ibid.*, para. 72.

168) *Ibid.*, para. 75.

제한의 정도가 심판대상조항을 통해 실현 가능한 이익과 비례관계가 있는지가 실질적인 쟁점으로 등장한다. 사법부는 최소피해성 판단 단계에서 심판대상조항의 입법목적 달성 정도를 임의로 줄일 것이 아니라, 심판대상조항만큼 입법 목적을 달성할 수 있는 대안이 없음을 인정한 다음 *Oakes* 심사의 마지막 단계로 나아가야만 한다.¹⁶⁹⁾

이와 같은 법리를 실시한 후 4인의 합헌의견은 *Dagenais* 판결에서 재정식화한 효과의 비례성 판단을 위해 ‘이로운 효과(Salutary Effects)’, ‘해로운 효과(Deleterious Effects)’, ‘이로운 효과와 해로운 효과의 비교(Weighing the Salutary and Deleterious Effects)’ 라는 목차를 잡아 심판대상조항에 의한 이로운 효과, 해로운 효과 각각을 측정한 다음 양자를 서로 비교한다.

1) 이로운 효과의 측정

4인의 합헌의견은 심판대상조항으로 인한 이로운 효과는 운전면허체계의 보안 수준 상승, 도로교통상의 안전 및 신원 확인 확보에 기여, 다른 주의 운전면허 체계와의 조화의 세 가지로 보고, 그 중 첫째가 가장 중요하다고 판단한다.¹⁷⁰⁾ 그런 다음 이로운 효과를 구체적으로 측정하기 위해 심판대상조항이 있는 상태와 없는 상태를 다음과 같이 비교한다.

운전면허증에 사진을 첨부하도록 강제하면 한 사람이 여러 장의 면허증을 갖는 것을 컴퓨터 대조 시스템을 이용해 걸러낼 수 있다. (중략) 어떠한 방식이든 예외를 허용하면 한 사람이 여러 장의 면허증을 갖는 것을 확실하게 방지할 수 없다.¹⁷¹⁾ 청구인들에게 예외를 허용할 경우 얼마나 그러한 위험이 증가하는지 수량화할 수는 없지만, 그러한 위험이 발생하는 것은 분명하다. 이 점이 그와 같은 위험이 매우 가정적인 것에 불과하였던 종교의 자유 제한 관련 선례들과 이 사건의 차이이다.¹⁷²⁾

2) 해로운 효과의 측정

4인의 합헌의견은 해로운 효과를 알기 위해서는 청구인들의 종교의 자유에

169) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, para. 75, 76. 제76단락에 Aharon Barak, “Proportionality Effect: The Israeli Experience”, 57 *University of Toronto Law Journal*(2007), p. 374의 내용이 그대로 인용된다.

170) *Ibid.*, paras. 79, 80.

171) *Ibid.*, para. 80.

172) *Ibid.*, para. 81.

대한 제한의 심각성을 분석해야 하는데, 제한의 심각성은 *Oakes* 판결에서 실시된 바와 같이 제한된 권리의 속성, 제한된 범위, 자유롭고 민주적인 사회의 기본 원리에 미치는 영향에 따라 사건마다 다르다고 밝힌다.¹⁷³⁾ 이어 4인의 합헌의견은 심판대상조항이 신앙을 가진 사람에게 자신의 종교적 신념과 관행을 따를 것인지 말지를 정할 수 있는 의미 있는 수준의 선택의 자유를 남겨두는지가 관건이라고 정리하고,¹⁷⁴⁾ 제한의 심각성의 측정 일반에 관해 아래와 같이 판시한다.

제한의 심각성을 측정할 수 있는 마법의 측정 장비는 없다. 종교는 신앙이 문화와 결합되어 나타나는 것이다. 그것은 개인적이기도 하고 심오하게 공동체적이기도 하다. 종교는 핵심적인 의례와 같은 비타협적인 부분에서 시작하여 신도 스스로의 선택에 따라 따를 수도 따르지 않을 수도 있는 부분까지 다양한 스펙트럼에 걸쳐 있다. (중략) 종교의 자유의 제한의 정도를 평가함에 있어 그 제한을 주장하는 사람들의 말이 중요하기는 하지만 그것을 단순히 받아들여서는 안 되고 다문화적이고 다종교적인 우리 사회의 맥락을 고려해야만 한다.¹⁷⁵⁾

이와 같은 일반론을 제시한 후, 4인의 합헌의견은 이 사건에 있어 헌장상 권리 제한의 심각성을 구체적으로 살펴보기 위한 개념적 도구로 우연한 효과에 의한 제한을 어떻게 취급할 것인지에 대해 다음과 같이 실시한다.

직접 종교적인 의무를 강제하는 것을 목적으로 하는 법률의 경우 선택의 자유에 대한 제한이 심각하다는 것을 쉽게 알 수 있다. 그러나 법률이 의도하지 않은 우연한 효과로 종교의 자유를 제한하는 경우에는 제한의 정도를 평가하기가 쉽지 않다. (중략) 우연한 효과가 너무 중대해서 그러한 법률이 선택의 기회를 사실상 박탈하는 경우도 있다.¹⁷⁶⁾ 하지만 대부분의 경우에는 우연한 효과에 의한 종교의 자유 제한은 덜 심각하다. 즉, 많은 경우 종교의 자유 제한은 경제적으로 더 많은 지출을 해야 한다거나, 전통을 좀 더 양보해야 한다거나 불편함을 좀 더 감수해야 하는 정도에 그친다. (중략) 이러한 추가적인 비용부담이 종교의 신봉자로부터 의미 있는 선택의 기회를

173) *Ibid.*, paras. 86, 87.

174) *Ibid.*, para. 88.

175) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras. 89, 90.

176) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, para. 93. 94.

박탈하지 않는 한 종교의 자유 제한 정도는 덜 심각한 것으로 평가할 수 있다.¹⁷⁷⁾

4인의 합헌의견은 이와 같은 논증을 거쳐 이 사건에서 심판대상조항에 의한 헌장상 권리 제한의 정도를 측정하기 위한 틀을 만들어 둔 다음, 아래와 같이 심판대상조항이 없는 경우와 있는 경우 사이의 구체적인 차이를 비교함으로써 그 측정 작업을 수행한다.

사진 제출을 강제하는 이 사건의 심판대상조항에 의한 우연적 효과는 특정 종교 신봉자로부터 선택의 자유를 박탈하는 데에 이른 *Edwards Books* 판결이나 *Multani* 판결에서의 심판대상조항들이 야기한 우연적 효과와는¹⁷⁸⁾ 다르다. 이 사건에서는 종교 신봉자에게 고속도로에서의 운전 금지라는 추가적인 비용 부담을 줄 뿐이다. 이는 청구인들이 자신의 종교적 관습을 따를지 말지를 결정할 선택의 자유를 박탈하는 수준에까지 이르지 않는다.¹⁷⁹⁾ 청구인들은 운전면허를 가진 제3자를 고용하여 고속도로를 통한 운송이 필요한 경우 그 필요를 충족할 수 있다. 이러한 제3자 고용 운송은 청구인들의 자급자족 전통에 반하고, 경제적인 부담을 준다. 그러나 그것이 청구인들의 신앙에 따라 금지된 행위라는 증거는 제출되지 않았다. 심판대상조항은 사진을 찍을 것을 강제하는 것이 아니다. 심판대상조항은 운전면허를 받으려면 사진을 제출할 것을 강제할 뿐이다. (중략) 고속도로에서 차를 운전하는 것은 ‘권리(right)’가 아니라 ‘특혜(privilege)’일 뿐이다.¹⁸⁰⁾

이러한 분석의 결과, 4인의 합헌의견은 헌장상 권리 제한의 심각성의 측정 결과를 아래와 같이 제시한다.

결론적으로, 심판대상조항에 의해 부과되는 추가적인 부담이 비록 사소한 것에 불과한 것은 아니지만, 그러한 부담을 준다고 해서 심판대상조항에 의한 청구인들의 종교의 자유의 제한이 심각한 수준에까지 이르는 것으로 평

177) *Ibid.*, para. 95.

178) *Edwards Books* 판결(*R. v. Edwards Books & Art Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 713)은 일요일 의무휴업이, *Multani* 판결(*Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* [2006] 1 S.C.R. 256)은 학교에 시크교도가 휴대해야 하는 대검 모양의 금속인 kirpan의 휴대를 금지하는 것이 문제였다.

179) *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, para. 96.

180) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras. 97, 98.

가할 수는 없다. 그러한 추가적인 부담은 종교의 자유의 핵심에 놓여 있는 선택의 자유를 부정하는 것이 아니다.¹⁸¹⁾

3) 이로운 효과와 해로운 효과의 비교

이상과 같이 이로운 효과와 해로운 효과를 측정한 후, 4인의 합헌의견은 효과의 비례성 판단의 마지막 단계인 양자의 비교를 수행한다. 그 내용의 요지는 다음과 같다.

심판대상조항은 중요한 사회적 목적을 위한 것이다. 심판대상조항을 통해 운전면허 체계를 효과적으로 운영함으로써 시민들 일반을 신분 위조의 위험으로부터 보호할 수 있다. (중략) 반면에 심판대상조항이 청구인들에게 금전적인 비용 부담이나 불편함을 주기는 하지만, 청구인들이 자신의 믿음에 따라 살아갈 수 없도록 만드는 것은 아니다.¹⁸²⁾ 따라서 심판대상조항의 청구인들의 종교 수행의 자유에 대한 제한의 정도는 비례성이 있다.¹⁸³⁾

(3) Abella 대법관의 위헌의견

(가) 최소피해성 판단

Abella 대법관은 *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)* 판결에서(이하 '*RJR-MacDonald* 판결'이라 한다)¹⁸⁴⁾ McLachlin 대법관이 집필한 3인의 위헌의견의 판시를 인용하여, '심판대상조항이 전면금지를 내용으로 하는 경우에는 전면금지에 의해서만 입법목적 달성할 수 있음이 입증된 경우에만 심판대상조항이 최소피해성을 만족시킨다'고 실시한다.¹⁸⁵⁾ 이러한 법리를 전제로 하여 Abella 대법관은 아래와 같이 최소피해성 위반의 결론에 이른다.

심판대상조항은 청구인들이 사진을 찍는 것을 전제로 하는데 이것은 피상고인들의 종교적 믿음에 반하는 바로 그 행위이다. 사진을 찍어야 한다는 요

181) *Ibid.*, para. 99.

182) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras. 101, 102.

183) *Ibid.*, para. 103.

184) *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)* [1995] 3 S.C.R. 199

185) *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, para. 148. 인용하는 부분은 *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)* [1995] 3 S.C.R. 199, para. 163.

건은 청구인들의 권리를 완전히 소멸시키므로 *RJR-MacDonald* 판결에서의 전면 금지에 유사하다. 따라서 심판대상조항이 피상고인들의 종교적 권리를 최소한으로 침해한다고 보기는 어렵다.¹⁸⁶⁾

즉 Abella 대법관은 이 사안을 전면금지를 내용으로 하는 법률에 대한 최소 피해성 판단으로 파악한 다음, 앞서 본 바와 같이 후터파 교도들에게만 사진이 없는 면허증을 발급하되 면허증에 “신분증명 용도로 사용불가”라고 적는 방식의 예외를 인정하는 입법대안에 의할 경우 입법목적 달성에 심각한 손해가 생긴다는 적절한 혹은 설득력 있는 증거가 없으므로, 전면금지에 의해서만 입법목적이 달성된다고 볼 수 없다고 판단한다. 그런데 Abella 대법관은 최소피해성 위반의 결론에 이른 데에 그치지 않고 아래와 같이 실시한 후, 효과의 비례성 판단으로 나아간다.

그러나 최소피해성 단계를 만연히 현장 제1조 심사의 마지막 단계로 보아서는 안 된다. 예컨대, 권리를 최소한으로 침해하지는 않지만, 입법목적의 중요성과의 균형의 측면에서 비례성이 인정되는 법률이 있을 수 있다. 내 생각에는 대부분의 어려운 개념 형량은 바로 이 마지막 단계 — 효과의 비례성 — 에서 이루어져야만 한다. 효과의 비례성이란 결국 현장 제1조 자체이다.¹⁸⁷⁾

(나) 효과의 비례성 판단

Abella 대법관은 효과의 비례성을 ‘현장상 권리에의 손실과 입법목적에의 이득 사이의 비교’라고 정의하고,¹⁸⁸⁾ 심판대상조항이 효과의 비례성에 위반된다는 결론에 이른다. 그 구체적 판단 내용은 다음과 같다.

심판대상조항의 이로운 효과에 관한 정부의 입증은 추측을 엮어 놓은 수준을 벗어나지 못했다. (중략) 컴퓨터에 의한 안면대조 시스템은 완벽한

186) *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, para. 148.

187) *Ibid.*, para. 149. 원문은 아래와 같다. Abella 대법관의 이 부분 판시 중 효과의 비례성이 현장 제1조의 핵심이라는 취지의 맨 마지막 문장은 이후의 판결에서 반복적으로 인용된다.

The minimal impairment stage should not, however, be seen to routinely end the s. 1 analysis. It is possible, for example, to have a law, which is not minimally impairing but may, on balance, given the importance of the government objective, be proportional. In my view, most of the heavy conceptual lifting and balancing ought to be done at the final step — proportionality. Proportionality is, after all, what s. 1 is about.

188) *Ibid.*, para. 152. 이 부분 판시는 Dieter Grimm의 논문을 직접 인용한 것이다.

것이 아니어서 사람이 다시 검증해야 하고, (중략) 29년간 청구인들과 같은 경우에 대해 사진 촬영을 면제해 주었지만 그것이 운전면허 시스템의 완결성에 해를 끼쳤다는 증거도 없다. (중략) 알버타 주에 거주하는 70만 명의 사람이 운전면허가 없는 이상 운전면허시스템에 청구인들과 같은 소수의 예외를 허용하는 것이 시스템 전체에 큰 영향을 준다고 보기도 어렵다. (중략) 운전면허 외에 출생증명, 사회보장증과 같은 다른 서류들도 신분증명 용도로 활용됨에도 정부는 이러한 서류들에 대해서는 아무런 신분 위조 방지책도 고안하고 있지 않다.¹⁸⁹⁾

반면, 청구인들의 종교의 자유 제한 정도는 훨씬 중대하다. 청구인들에 자급자족적 생활이 종교적으로 중요하다는 점은 선례나 역사학자들의 연구에서도 확인할 수 있다. 강요로부터의 자유는 종교의 자유의 핵심인데, 심판대상조항은 종교적 신념에 따를 것인지 아니면 자급자족적 생활을 포기할 것인지 사이의 선택을 간접적으로 강요한다. 따라서 심판대상조항은 효과의 비례성에 위반되고, 청구인들의 종교의 자유를 침해한다.¹⁹⁰⁾

(4) LeBel 대법관, Fish 대법관의 위헌의견: LeBel 대법관 집필

LeBel 대법관, Fish 대법관의 위헌의견은 합헌의견이 *Oakes* 심사를 구조화하고 적용하는 방법에 관해 몇 가지 우려가 있다는 언급으로 시작한다.¹⁹¹⁾ 2인의 위헌의견은 구체적으로 다음과 같이 판시한다.

헌법학자인 Hogg는 헌장 제1조 소송이 실제로 최소피해성을 중심으로 돌아간다는 견해를 밝혀왔다. 이러한 견해에는 진실의 핵심 이상의 것이 있다. 이는 헌장 제1조 관련 헌법소송과 비례성 분석에서 실제로 어떤 일이 일어나는지를 반영하는 것으로 보인다. 나는 진실로 과잉금지원칙 판단은 최소피해성과 효과의 비례성 사이의 밀접한 관련에 달려 있다고 믿는다. 두 단계에서 사법부의 목표는 동일하다. ‘국가의 행위, 헌장상 권리의 보존’ 및 ‘헌법상 직접적으로 보장되어 있지는 않을지라도 고도의 사회적 가치나 중요성이 있는 권리나 이익의 보호’ 사이의 균형을 달성하는 것이 최소피해성과 효과의 비례성 단계의 공통적인 목표이다. (중략) 최소피해성과 효과의

189) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras. 154, 155, 156, 158, 159.

190) *Ibid.*, paras. 163-176.

191) *Ibid.*, para. 179.

비례성 사이에 분명한 논리적 구별을 두는 것이 매력적일지 모른다. 그러나 권리 제한이 정당한지를 판단하기 위해서는 입법대안이 입법목적을 달성하는지 여부뿐 아니라 입법목적이 어느 정도까지 실현되어야 하는지에 대한 판단도 포함되어야 한다.¹⁹²⁾

위와 같은 위헌의견은 최소피해성과 효과의 비례성의 융합을 강조하고, 최소피해성 부분에서 입법목적의 달성을 것이 가치가 있는 것인지에 대한 의문을 제기해야 한다고 주장하는 점에서 합헌의견의 *Oakes* 심사 논증구조와 상당한 차이를 보인다. 이어 2인의 위헌의견은 최소피해성의 의미에 대해 다음과 같이 판시한다.

이 법원의 선례들을 보면, *Oakes* 심사에서 말하는 “최소”는 일반적인 용례상의 “최소”를 의미하는 것이 아니다. 이는 이미 *Oakes* 판결 직후에 *Edwards Books* 판결에서 “합리적으로 가능한 범위에서 최소”인 것으로 재해석되었다.¹⁹³⁾ 심판대상조항이 합리적인 수단들의 범위 내에 들어오는지 판단하기 위해서는 입법목적과 침해되는 헌장상 권리를 형량해야만 한다. (중략) 입법목적은 절대적인 것이 아니고 주어진 것으로 취급되어서는 안 된다. 입법대안은 주어진 입법목적의 최대한 달성을 하는지 여부를 기준으로 판단해서는 안 된다.¹⁹⁴⁾ (중략) 과잉금지심사는 수단 선택의 관점에서 정부에게 유연성을 부여해야 할 필요를 반영한다. 하지만 그러한 수단의 심사에 있어서 법원 역시 입법목적의 실현할 수 있는 대안의 범위에 대한 판단에 있어서나 입법목적과 헌장상 권리 사이에 적절한 균형을 달성하기 위해 입법목적이 얼마나 실현되어야 하는지에 관한 판단에 있어서 어느 정도의 유연성을 가져야 한다.¹⁹⁵⁾

이러한 위헌의견은 최소피해성에서의 ‘최소’는 일정한 범위 내에 있는지를 의미할 뿐이므로, 최소피해성 판단을 위해 형량이 필요하다는 입장이다. 이러한 입장에 서면, 최소피해성과 효과의 비례성을 합쳐서 판단하는 것이 자연스럽게 된다. 2인의 위헌의견과 4인의 합헌의견의 최소피해성 논증구조의 결정적인 차이는 입법대안이 심판대상조항만큼 입법목적의 달성을 해야 하는 것인지

192) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras. 191, 192.

193) *Ibid.*, para. 194.

194) *Ibid.*, para. 195.

195) *Ibid.*, para. 196.

여부에 달려 있다. 즉 4인의 합헌의견은 심판대상조항의 입법목적 달성 정도를 주어진 것으로 보고 입법대안이 이를 달성해야만 하는 것으로 취급하나, 2인의 위헌의견은 그렇지 않다. 2인의 위헌의견은 이어, Abella 대법관이 제시한 실질적 이유들을 원용하여 알버타 주정부는 심판대상조항이 신원도용이라는 사회문제를 해결하기 위한 비례성 있는 조치임을 입증하는 데에 실패하였다고 결론짓는다.¹⁹⁶⁾

마. 최소피해성, 효과의 비례성 논증구조에 대한 학계의 평가

(1) *Hutterian Brethren* 판결 이전의 논증구조에 대한 평가

(가) 최소피해성 논증구조에 대한 평가

최소피해성에 논증을 집중하는 *Hutterian Brethren* 판결 이전의 주류적인 Oakes 심사 논증구조를 긍정적으로 평가하는 견해도 있었다.¹⁹⁷⁾ Hogg는 Oakes 심사의 제1단계에서 입법목적이 헌장상 권리를 제한할 만큼 충분히 중요할 것을 요구하므로 이 단계에서 이미 제2-3단계(효과 of 비례성) 심사가 선회되고,¹⁹⁸⁾ 따라서 목적의 충분한 중요성이 인정되면 논리적으로 효과의 비례성이 인정되게 되어 결국 효과의 비례성은 목적의 충분한 중요성의 ‘반복(restatement)’이고 ‘군더더기(redundant)’라고 평가하였다.¹⁹⁹⁾ 이에 대해 Barak은 다음과 같이 반박하였다.

나는 이러한 접근법을 받아들이 수 없다. (중략) 목적이 정당하고, 수단이 적합하며, 그 목적을 달성할 수 있는 덜 제한적인 대안이 없다고 하더라도 심판대상조항은 위헌이 될 수 있다. 왜냐하면 심판대상조항을 통해 입법목적 달성을 것이 방어적 민주주의 하에서 정당화될 수 없는 인권에 대한 유해한 효과를 낳을 수 있기 때문이다. (중략) 재판관은 국가의 안전과

196) *Ibid.*, para. 200.

197) Patrick Monahan, Byron Shaw 2013, *op. cit.*, p. 445; Vicki Jackson 1999, *op. cit.*, p. 608, fn. 102 참조.

198) Peter Hogg 2010, *op. cit.*, pp. 38-44, 38-44.1

199) Peter Hogg 2018, *op. cit.*, p. 38-44; Tom Hickman, “Proportionality: Comparative Law Lessons”, *Judicial Review* Vol 12(2007), p. 36. 다만, 이러한 견해들은 *Hutterian Brethren* 판결 이후로는 판례의 경향을 제대로 설명하지 못하는 견해가 된 것으로 보인다. Hogg 스스로도 2018년판 교과서에서 자신의 견해를 ‘외로운 견해(a lonely view)’라고 평가한다(Peter Hogg 2018, *op. cit.*, pp. 38-45).

존립을 보장해야만 한다. 또한 재판관은 헌장상 권리의 실현도 보장해야만 한다. 재판관들은 적절한 균형관계가 무엇인지 결정하고 이를 보호해야 한다. 이 모든 것은 효과의 비례성 심사를 제대로 적용함으로써 달성할 수 있다.²⁰⁰⁾

Panaccio는 *Hutterian Brethren* 판결과 같은 최소피해성 논증을 '순수한 형태의 최소피해성 논증(pure version of minimal impairment)'라 하고, 최소피해성 부분에서 형량까지 하는 방식의 최소피해성 논증을 '형량 형태의 최소피해성 논증(balancing version of minimal impairment)'라 명명한 다음, 최소피해성은 본래 만족시키기 그리 어렵지 않은 단계이나, 판례 실무상 비례성에 관한 일반적인 판단이 최소피해성 논증에 '잠입하는(smuggle)' 경우가 자주 있다고 분석하였다.²⁰¹⁾

나아가 Blache는 *Oakes* 심사가 통상 '수단과 목적 분석 (means and ends analysis)'에 그칠 뿐 진정한 의미에서의 '헌장상 권리에의 영향과 입법 목적 사이의 형량(balancing of effects and objectives)'에 이르지 못한다는 비판을 하였다.²⁰²⁾ 특히 Dassios와 Prophet은 *Oakes* 심사가 최소피해성에 집중되는 이유에 관해 다음과 같이 예리한 비판을 가하였다.

효과의 비례성이 무시되는 경향에 대해 그것이 군더더기이기 때문이라거나 캐나다 연방대법원이 효과의 비례성을 최소피해성의 부속물로 취급하기 때문이라는 분석이 있었지만, 이러한 경향에 대해서는 또 하나의 설득력 있는 설명이 가능하다. 효과의 비례성에서 이루어지는 평가는 사법부의 역할을 극한에까지 밀어 붙인다. 그렇기 때문에 *Oakes* 심사의 이 마지막 부분은 헌법소송 자체의 정당성에 관한 의문을 명백하게 불러일으킨다. *Oakes* 심사의 다른 단계들은 선택한 수단이 특정 정책 목적을 실현하는지 여부의 평가에 그친다. 효과의 비례성도 목적 실현 여부 평가에 불과한 다른 단계들과 함께 '*Oakes* 심사'라는 이름으로 한 데 묶여있지만, 효과의 비례성은 나머지 단계들과 성격이 다르다. 효과의 비례성은 입법자의 선택이 지혜로

200) 두번째 “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, Aharon Barak 2007, *op. cit.* p. 381, 382.

201) Charles-Maxime Panaccio, “The Justification of Rights Violations: Section 1 of the Charter”, *The Oxford Handbook of Canadian Constitution*, ed. Peter Oliver, Patrick Macklem, Nathalie des Rosiers, Oxford University Press(2017), p. 662. 특히 fn. 19.

202) Pierre Blache 1991, *op. cit.*, pp. 441, 442.

운지를 사법부가 판단해 볼 기회로의 초대장으로 보는 것이 적절하다. 따라서 권력분립원리 하에서 자신의 역할에 대한 고민의 결과가 '입법부에 대한 존중'에 그치는 사법부라면, 그러한 사법부의 입장에서는 입법목적과 그로 인한 효과를 비교하는 작업은 피해야만 하는 일이 될 것이고, 이러한 결과는 놀랍지 않다.²⁰³⁾

Davidov는 캐나다 연방대법원이 제2-2단계 심사에 집중하고 제2-3단계 심사는 소홀히 하는 이유를 '대법관들이 정치적 혹은 주관적으로 비치는 것을 꺼려하기 때문에 좀 더 객관적인 외양을 띠는 최소피해성에 의존하는 것'이라고 분석했다.²⁰⁴⁾ 같은 맥락에서 Grimm은 캐나다 연방대법원의 경우 최소피해성이 과잉금지심사에서 결정적인 역할을 하는 반면 독일연방헌법재판소의 경우 법익의 균형성 원칙이 과잉금지심사에서 결정적인 역할을 하는 점이 양 재판소의 가장 두드러진 차이라고 분석한다.²⁰⁵⁾ Grimm은 캐나다 연방대법원이 정치적이라는 비난을 피하기 위해 가치중립적인 외관을 띠는 최소피해성 부분에서 실질적인 가치 판단을 하는 것이라면, 이는 '자기기만(self-deception)'의 위험을 무릅쓰는 것이라고 비판하였다.²⁰⁶⁾

Ponomarenko는 *Oakes* 심사에서 효과의 비례성을 약화시키거나 생략하고 최소피해성의 중요성을 강조하는 것은 헌장상 권리 관련 분쟁의 핵심인 규범적 판단과 규범적 고려요소들을 희미하게 할 수 있다고 주장하였다.²⁰⁷⁾ 나아가 Ponomarenko는 Grimm이 효과의 비례성의 독자성을 설명하기 위해 든 가정적 법률과,²⁰⁸⁾ 효과의 비례성이 최소피해성과는 완전히 다른 기능을 한다는 Rivers의 주장,²⁰⁹⁾ 최소피해성까지 모두 만족하는 법률이라 하더라도 효과의 비례성을 만족시키지 못하는 경우가 있을 수 있다는 *Oakes* 판결에서의 Dickson 대법원장의 판시내용,²¹⁰⁾ 그리고 효과의 비례성 부분에서 처음으로

203) Christopher Dassios, Clifton Prophet 1993, *op. cit.*, p. 306.

204) Guy Davidov, "Separating Minimal Impairment from Balancing", *Review of Constitutional Studies* Vol. V, No. 2(2000), *op. cit.*, p. 200.

205) Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, pp. 384, 393.

206) Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, p. 395.

207) Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, p. 1116.

208) "어떠한 법률이 재산을 보호하기 위해 유일한 수단이 범인을 쏘아 죽이는 것인 경우에는 이를 허용한다고 가정해 보면, 이러한 법률은 피해의 최소성 원칙을 통과한다. 만약 여기에서 판단을 멈추면, 생명권과 재산권 사이의 균형을 달성할 수 없다. 위 법률은 합헌이 될 것이고, 그 결과 생명권은 제대로 보호받지 못하게 된다." Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, p. 396.

209) Julian Rivers 2006, *op. cit.*, p. 200.

입법목적과 제한되는 헌장상 권리 사이의 관계가 심리된다는 *Thomson Newspaper* 사건에서의 Gonthier 대법관의 판시내용²¹¹⁾ 등을 인용하여 효과의 비례성 판단을 회피하면 쟁점을 정확하게 다루지 못할 위험이 있다고 주장하였다.²¹²⁾ Ponomarenko에 따르면, *Oakes* 심사를 단순히 수단-목적 사이의 관계에서만 검토하는 시도는 규범적 판단을 포함할 수밖에 없는 헌장상 권리 관련 재판을 왜곡하게 되므로, 기껏해야 자기기만에 그치고 최악의 경우에는 틀린 결론으로 재판을 이끌게 될 뿐이다.²¹³⁾

Panaccio는 과잉금지심사의 하위 단계들을 제대로 적용하면 대부분의 논쟁적인 사건들은 효과의 비례성 단계에서 해결될 것이지만, 캐나다 연방대법원의 실무는 합리적 관련성이나 최소피해성과 같은 덜 논쟁적인 단계에서 해결하는 것을 편안해 하는 것으로 보인다고 평가한다. Panaccio는 이어, 최소피해성 중심의 캐나다 연방대법원의 주류적인 *Oakes* 심사 적용 방식이 판결이유 작성에 있어 '수사학적 편의(rhetorical benefits)'를 줄 수 있지만, 그러한 편의는 '일종의 기만(a certain kind of deception)'을 하는 대가로 얻어지는 것이라고 비판한다.²¹⁴⁾

(나) 최소피해성의 변형에 대한 평가

앞서 살펴본 바와 같이 *Edwards Books* 판결에서 캐나다 연방대법은 *Oakes* 판결에서 실시한 최소피해성 심사척도를 변형하였다. 양자는 서로 다른 위헌심사척도이기 때문에 이에 관하여 비판적인 견해들이 제시되었다.²¹⁵⁾ 예컨대 Hickman은 *Oakes* 판결에서 제시된 최소피해성은 그 문언상 심판대상조항이 가능한 가장 적은(minimal) 피해 수단일 것을 명시적으로 요구하므로, 캐나다 연방대법원이 이후의 판례에서 '심판대상조항이 입법 목적을 달성하는 합리적으로 가능한 수단들 중 하나이면 된다'라고 실시하거나 '심판대상조항이 피해를 최소로 할 수 있는 수단일 필요는 없다'는 식으로 실시하여 최소피해성을 변형하는 판례들은 '이치에 닿지 않는다(make little sense)'고 평가하였

210) *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, para. 71.

211) *Thomson Newspapers Co. v. Canada(Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, para. 125.

212) Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, pp. 1117-1119.

213) *Ibid.*, p. 1119.

214) Charles-Maxime Panaccio 2017, *op. cit.*, p. 664.

215) Sujit Choudhry 2006, *op. cit.*, pp. 506, 509.

다.²¹⁶⁾ 또한 Stuart는 *Edwards Books* 판결과 *Oakes* 판결의 최소피해성 심사 척도가 서로 다르다는 전제 하에, *Edwards Books* 판결에 의하면 *Oakes* 판결의 엄격함이 사라지기 때문에 *Oakes* 판결에서 최초로 제시된 형태의 최소피해성을 유지해야 한다고 주장하였다.²¹⁷⁾

(2) *Hutterian Brethren* 판결의 논증구조에 대한 평가

앞서 살펴본 바와 같이, 캐나다 연방대법원은 *Hutterian Brethren* 판결 이전에는 *Oakes* 심사에 있어 최소피해성 부분에서 대부분의 논증을 하는 방식을 취해 오다가 *Hutterian Brethren* 판결에서 논증방식의 전환을 도모하였다.²¹⁸⁾ 이러한 경향에 대해 Petersen은 북미에서 강하게 전개된 법실증주의와 비판법학의 영향 때문에 캐나다 연방대법원이 효과의 비례성 심사를 꺼려오다가, 법학자들이 과잉금지원칙에 익숙해짐에 따라 2000년대 후반에 이르러 효과의 비례성 심사를 중요시 하는 연방대법원의 판례 역시 소폭으로 증가한 것으로 분석한다.²¹⁹⁾

Hutterian Brethren 판결에 대해서는 이 판례와 같이 효과의 비례성 심사에 주안점을 두면 남는 것은 적나라한 형량뿐인데, 이는 판결의 객관성을 떨어뜨린다는 비판도 있다.²²⁰⁾ 또한 이러한 논증구조의 전환은 사법부에게 도전적인 과제를 안겨 줄 뿐 아니라, *Oakes* 심사 결과의 예측가능성을 상당히 저해하므로, 입법부의 권한을 침해하지 않으려면 효과의 비례성보다는 합리적 관련성이나 최소피해성과 같은 수단-목적 사이의 분석에 집중하는 것이 바람직하다는 평가도 있다.²²¹⁾

그러나 이 판결의 과잉금지원칙 논증구조를 긍정적으로 평가하는 견해가 우세한 것으로 보인다. 예컨대 Weinrib은 이 판결을 통해 이스라엘 대법원의 법익의 균형성 원칙 심사가 캐나다에 도입된 것으로 평가하고 양자를 상세히 비교하는 연구를 하였고,²²²⁾ Zion은 이 판결에 의해 효과의 비례성 심사가 강

216) Tom Hickman 2007, *op. cit.*, p. 45.

217) Don Stuart 2014, *op. cit.*, p. 28.

218) Patrick Monahan, Byron Shaw 2013, *op. cit.*, p. 441.

219) Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 115.

220) Chanakaya Sethi 2012, *op. cit.*, pp. 42, 43 참조.

221) Patrick Monahan, Byron Shaw 2013, *op. cit.*, p. 445.

222) Sara Weinrib, "The Emergence of the Third Step of the *Oakes* test in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*", *University of Toronto Faculty of Law Review*, 68-2(2010), pp. 87-97

화된 것을 긍정적으로 평가하고 효과의 비례성 심사의 강화가 지속되어야 한다고 주장하였다.²²³⁾ Ponomarenko 역시 효과의 비례성에 관한 연구에서 효과의 비례성이 과잉금지원칙에서 중심적인 역할을 해야만 한다는 주장을 하면서 이 판결을 긍정적으로 평가하였다.²²⁴⁾ Haughey도 최소피해성과 효과의 비례성을 개념상 구별함으로써 *Oakes* 심사는 Dickson 대법원장이 만들어 낸 원형대로 작동할 수 있게 되었다고 평가하였다. Haughey는 이 판결을 통해 *Oakes* 심사의 2-2단계에서 형량을 하던 이전 판례의 오류를 수정함으로써 2-3단계가 헌장 제1조 심사의 군더더기에서 탈피하여 중요한 역할을 담당하게 된 것으로 평가하였다.²²⁵⁾ McLachlin 대법원장 역시 *Hutterian Brethren* 판결을 캐나다에서 한때 군더더기로 생각되었던 효과의 비례성에 독자적인 중요성이 있음을 재확인한 판결로 평가하였다.²²⁶⁾ *Hutterian Brethren* 판결을 직접 언급하지는 않으나, Panaccio도 과잉금지심사에서 가치의 형량을 전면적으로 수행할 것을 진실로 필요로 하는 단계는 오직 효과의 비례성 단계라고 강조한다.²²⁷⁾

바. 최소피해성, 효과의 비례성 논증구조에 대한 전망

캐나다 연방대법원은 연간 대략 50~80건 정도의 판결을 선고하는데,²²⁸⁾ 그 중 법률의 헌장상 권리 침해 여부가 쟁점이 되어 *Oakes* 심사를 하는 판결은 상당히 적은 편이다. 따라서 *Oakes* 심사의 논증구조의 변화를 추적하여 어떠한 단정적인 결론을 내는 것은 조심스러운 측면이 있다. 이하에서는 우선 *Hutterian Brethren* 판결 이후에 법률의 헌장상 권리 침해 여부에 관하여 *Oakes* 심사를 한 캐나다 연방대법원 판결들의 최소피해성과 효과의 비례성 논증구조를 시간 순서에 따라 살펴본다. 그런 다음 논증구조 면에서 상세한 분

223) Mark Zion, “Effecting the Balance: *Oakes* Analysis Restaged”, *Ottawa Law Review* 43(2012), pp. 445-447, 453. 다만, Zion은 이 판결의 4인의 합헌의견의 효과의 비례성 논증 내용에는 반대하는 입장이다.

224) Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, p. 1119.

225) Marshall Haughey 2011, *op. cit.*, p. 70. 다만, Haughey는 이 판결의 최소피해성 논증 내용, 효과의 비례성 논증 내용 및 과잉금지원칙의 적용강도에 대해 모두 반대하는 입장이다.

226) Beverley McLachlin 2015, *op. cit.*, p. 8.

227) Charles-Maxime Panaccio 2017, *op. cit.*, p. 664.

228) 2007년 이후의 통계상 가장 선고건수가 적은 해에는 53건을, 가장 많은 해에는 80건을 선고하였다. 캐나다 연방대법원 홈페이지 참조 (<https://www.scc-csc.ca/case-dossier/stat/sum-som-eng.aspx>).

석이 필요한 *R. v. K.R.J* 판결에 대해서는 항을 바꾸어 자세히 살펴본다.

(1) *Hutterian Brethren* 판결 이후의 *Oakes* 심사 판례들

(가) *Toronto Star Newspaper v. Canada* 판결

Hutterian Brethren 판결 이듬해인 2010년에 캐나다 연방대법원은 *Toronto Star Newspaper v. Canada* 판결에서도(이하 ‘*Toronto Star Newspaper* 판결’이라 한다)²²⁹⁾ *Hutterian Brethren* 판결의 논증구조를 유지하였다.²³⁰⁾ 이 판결에서 캐나다 연방대법원은 최소피해성은 심판대상조항만큼 입법목적에 달성하는 입법대안과의 비교를 통해 판단하여야 한다고 밝히고,²³¹⁾ 효과의 비례성 단계에서는 *Hutterian Brethren* 판결을 인용하면서 효과의 비례성 판단이 *Oakes* 심사의 이전 단계들을 단순히 반복하는 것이 아님을 분명히 하였다.²³²⁾

특히 *Hutterian Brethren* 판결에서 효과의 비례성 중심의 *Oakes* 심사 논증구조에 반대했던, LeBel 대법관과 Fish 대법관도 *Toronto Star Newspaper v. Canada* 판결에서는 다수의견에 합류하였다. *Toronto Star Newspaper v. Canada* 판결에서 유일한 반대의견을 낸 Abella 대법관은 *Hutterian Brethren* 판결에서도 반대의견을 냈었지만, 당시에도 효과의 비례성이 *Oakes* 심사의 핵심이라는 입장이었다. 이 판결에서도 Abella 대법관은 논증구조에 대한 반대가 아니라 다수의견의 효과의 비례성 형량 결과에 동의할 수 없다는 견해이다. 결국 효과의 비례성 중심의 논증구조 자체에는 대법관 모두의 의견이 일치한 것으로 평가할 수 있다.²³³⁾

229) [2010] 1 S.C.R. 721. 이 판결은 보석신문 내용에 관한 보도를 금지하는 것이 언론의 자유를 침해하는지 여부에 관한 것이다. 이 판결 중 최소피해성 단계에서 입법대안과 심판대상조항의 비교는 paras. 34-49 부분을, 효과의 비례성 단계의 형량은 paras. 50-60 부분을 각 참조. 결론은 합헌이었다.

합헌의견: McLachlin 대법원장, Binnie 대법관, LeBel 대법관, Deschamps 대법관, Fish 대법관, Charron 대법관, Rothstein 대법관, Cromwell 대법관. 위헌의견: Abella 대법관.

230) 캐나다 연방대법원은 2010년에 69건의 판결을 선고했고, 그 중 헌법적 쟁점에 관련된 사건은 25건이었다. 헌법 관련 사건 25건 중 17건이 캐나다권리자유헌장에 관한 것이었는데, 그 중 *Oakes* 심사를 한 것은 *Toronto Star Newspaper* 판결이 유일했다[Patrick Monahan, Chanakya Sethi, “Constitutional Cases 2010: An Overview”, *The Supreme Court Law Review* Vol. 54(2011), pp. 3-4, 14].

231) [2010] 1 S.C.R. 721 para. 35.

232) *Ibid.*, para. 50.

233) *Ibid.*, paras. 66-77. Monahan과 Sethi는 이 판결을 통해 대법관들 모두가 효과의 비례성 심사의 시대가 시작되었다는 데에 동의한 것으로 평가한다(Patrick Monahan, Chanakya Sethi

(나) *Ontario(Attorney General) v. Fraser* 판결

캐나다 연방대법원의 2011년 판결인 *Ontario(Attorney General) v. Fraser* 판결의²³⁴⁾ 경우 다수의견은 현장상 권리 제한 자체를 인정하지 않아 *Oakes* 심사까지 이르지 않았다.²³⁵⁾ 다만, 반대의견을 낸 Abella 대법관은 *Oakes* 심사까지 하였다. Abella 대법관은 *Hutterian Brethren* 판결을 인용하면서 심판대상조항만큼 입법목적은 달성하는 입법대안이 있는지를 검증하였는데,²³⁶⁾ 이는 *Hutterian Brethren* 판결의 다수의견의 최소피해성 논증구조에 따른 것으로 평가할 수 있다.

(다) *R. v. St-Onge Lamoureux* 판결 및 *R. v. TSE* 판결

캐나다 연방대법원의 2012년 판결 중 법률에 대해 *Oakes* 심사를 한 판결로는 *R. v. St-Onge Lamoureux* 판결과 *R. v. TSE* 판결이 있다.²³⁷⁾ *R. v. St-Onge Lamoureux* 판결의²³⁸⁾ 다수의견은 최소피해성의 적용강도에 관해 *Hutterian Brethren* 판결을 인용하고, *Oakes* 심사를 한다. 이 판결의 심판대상조항은 세 부분인데, 첫 번째 부분에 대해서는 최소피해성 판단에서 같은 정도로 입법목적은 달성하는 입법대안이 있는지를 자세히 살핀 결과 그러한 입법대안이 없으므로, 심판대상조항이 최소피해성 원칙을 만족시킨다는 결론에 이른다.²³⁹⁾ 나아가 효과의 비례성 판단 부분에서는 심판대상조항에 의한 '이득

2011, *op. cit.* pp. 3, 15).

234) [2011] 2 S.C.R. 3. 이 판결은 농업 노동자들에 대해 노동관계법 적용을 배제하고 별도로 농업노동자보호법을 만들어서 단체교섭권을 제한한 것이 위헌인지 여부가 쟁점이었다. 결론은 합헌이었다.

합헌의견: McLachlin 대법원장, Binnie 대법관, LeBel 대법관, Deschamps 대법관, Fish 대법관, Charron 대법관, Rothstein 대법관, Cromwell 대법관. 위헌의견: Abella 대법관.

한편, 2011년에는 행정입법에 대해 *Oakes* 심사를 한 판결도 있었다(*Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)* [2011] 1 S.C.R. 19). 이 판결 para. 87에서 *Hutterian Brethren* 판결이 인용되었다.

235) [2011] 2 S.C.R. 3, para. 113.

236) *Ibid.*, paras. 355-369.

237) 캐나다 연방대법원은 2012년에 75건을 선고하였고, 그 중 헌법적 쟁점에 관한 것은 11건이었다(Jamie Cameron 2013, *op. cit.*, p. 18).

238) [2012] 3 S.C.R. 187. 이 판결은 음주측정장비의 비정상작동, 음주측정장비의 오류와 법정 혈중알콜농도 이상의 수치 측정 사이의 인과관계, 운전 당시 실제 혈중알콜농도가 법정 혈중알콜농도 이하였을 것을 증명해야 비로소 호흡측정장비에 의한 음주측정 결과를 반복할 수 있도록 한 법률조항이 무죄추정을 받을 권리를 제한하는지가 쟁점이었다. 결론은 심판대상조항 중 음주측정장비의 비정상작동에 관한 부분은 합헌, 나머지 두 부분은 위헌이었다.

위헌의견: McLachlin 대법원장, LeBel 대법관, Deschamps 대법관, Fish 대법관, Abella 대법관. 합헌의견: Rothstein 대법관, Cromwell 대법관.

(advantage)’과 ‘손해(disadvantage)’ 각각을 살펴본 후 이를 서로 비교한다.²⁴⁰⁾ 다만, 심판대상조항 중 두 번째 부분에 대해서는 입법대안에 대한 명시적 제시 없이 최소피해성을 판단하고, 그 판단에 있어 효과의 비례성과 분명한 구별을 짓지 않는다.²⁴¹⁾ 심판대상조항 중 세 번째 부분에 대해서는 합리적 관련성 위반으로 판단한 다음 최소피해성도 위반된다고 판단한다.²⁴²⁾

R. v. TSE 판결에서²⁴³⁾ 캐나다 연방대법원은 사후통지를 하는 입법대안에 의하더라도 긴급 감청을 통한 위해 발생 예방이라는 입법목적을 달성할 수 있기 때문에 *Oakes* 심사의 2-2단계(최소피해성) 원칙 위반으로 위헌이라고 판단하였다. 이 판결은 *Hutterian Brethren* 판결을 인용하지는 않았으나, 최소피해성 단계에서 형량을 하지 않은 점, 입법대안과 심판대상조항의 입법목적 달성 정도가 같아야 함을 최소피해성의 명시적인 판단요소로 삼은 점에서 *Hutterian Brethren* 판결의 논증구조와 같은 맥락에 있는 것으로 평가할 수 있다.

(라) *Alberta v. U.F.C.W.* 판결 및 *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott* 판결

캐나다 연방대법원이 2013년에 선고한 74건의 판결 중 헌법적 쟁점에 관한 것은 11건이었는데, 그 중 법률에 대해 *Oakes* 심사를 한 사건으로는 *Alberta v. U.F.C.W.* 판결과 *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott* 판결이 있다.²⁴⁴⁾ *Alberta v. U.F.C.W.* 판결은²⁴⁵⁾ 목적의 충분한 중요성과 합리적 관련성을 제18단락 내지 제20단락에서 간략히 검토한다. 그런

239) *Ibid.*, paras. 39-46.

240) *Ibid.*, paras. 47-49.

241) *Ibid.*, paras. 51-59.

242) *Ibid.*, paras. 61-63.

243) [2012] 1 S.C.R. 531. 이 판결은 긴급통신제한조치(감청) 후 감청을 당한 사람에게 사후통지 조치를 규정하지 않은 법률의 위헌여부가 쟁점이었다. 이 판결의 최소피해성 논증은 [2012] 1 S.C.R. 531, paras. 95-99. 결론은 전원 일치로 위헌이었다[관여 대법관: McLachlin(대법원장), LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis].

244) Sonia Lawrence, “2013: Constitutional Cases in Review”, *The Supreme Court Law Review*, Vol. 67(2014), p. 3.

245) [2013] 3 S.C.R. 733. 노동조합이 ‘피켓라인(picketline. 노동쟁의 때 과업이탈자를 감시하기 위한 감시선을 말한다)’을 넘은 사람들의 사진을 저장하고 인터넷 등을 통해 공표하는 것을 금지하는 법률이 노동조합의 표현의 자유를 침해하는지 여부가 쟁점이었다. 결론은 전원 일치로 위헌이었다[관여 대법관: McLachlin(대법원장), LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner].

다음, 최소피해성에 대한 별다른 언급 없이 제21 내지 38단락에 걸쳐 개인정보 자기결정권 등 달성하려는 입법목적과 제한되는 노동조합의 표현의 자유를 상세히 형량하여 위헌의 결론에 이른다. 이 사건에서 캐나다 연방대법원은 *Oakes* 판결이나 *Hutterian Brethren* 판결을 인용하지는 않았으나, 최소피해성 판단을 생략하고 효과의 비례성 판단에 집중하였다는 점에서 효과의 비례성 판단을 강조하는 *Hutterian Brethren* 판결의 맥락에서 벗어나지 않는 것으로 평가할 수 있다.

한편 *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott* 판결은(이하 ‘*Whatcott* 판결’이라 한다)²⁴⁶⁾ 합리적 관련성 부분과 과잉금지원칙의 적용 강도 부분에서 *Hutterian Brethren* 판결을 인용하였다.²⁴⁷⁾ *Whatcott* 판결의 최소피해성 논증은 크게 두 부분으로 구성된다. 첫 번째 부분은 가능한 입법대안 두 가지를 심판대상조항과 비교하는 부분이고,²⁴⁸⁾ 두 번째 부분은 심판대상조항이 입법목적 달성에 필요한 이상으로 많은 부분을 금지하는지를 살피는 부분이다.²⁴⁹⁾ 이에 관해 자세히 검토한 결과, 캐나다 연방대법원은 심판대상조항이 합리적으로 필요한 범위 이상으로 표현의 자유를 제한하지 않는다는 결론에 이른다.²⁵⁰⁾ 이러한 판단 후에 캐나다 연방대법원은 효과의 비례성 판단으로 나아가 심판대상조항으로 인한 이익이 심판대상조항으로 인한 현상상 권리에의 유해한 효과를 능가하는지를 살피는데, 이 부분은 앞서 최소피해성 부분의 자세한 논증에 비추어 보면 유익한 효과가 유해한 효과를 능가함을 알 수 있다는 취지로 세 단락에 걸쳐 간단히 검토하는 형식이다.²⁵¹⁾

(마) *Canada(Attorney General) v. Whaling* 판결 및 *Wakeling v. United States of America* 판결

2014년의 경우 캐나다 연방대법원은 *Canada(Attorney General) v. Whaling* 판결에서²⁵²⁾ 법률에 대해 *Oakes* 심사를 하였다. 이 사건에서 캐나다

246) [2013] 1 S.C.R. 467. 이 사건은 혐오표현을 금지한 법률조항이 동성애에 반대하는 의사를 표현할 자유를 침해하는지 여부가 쟁점이었다. 결론은 전원일치로 합헌이었다[관여 대법관: McLachlin(대법원장), LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell 대법관]

247) *Ibid.*, paras. 78, 98.

248) *Ibid.*, paras. 102-106.

249) *Ibid.*, paras. 107-144.

250) *Ibid.*, para. 146.

251) *Ibid.*, paras. 148-150.

252) [2014] 1 S.C.R. 392. 이 사건은 가석방 요건 강화의 소급효가 이중처벌을 받지 않을 권리를

연방대법원은 장래효라는 입법대안에 의할 경우 입법목적 달성이 저해되는지에 대해 정부가 아무런 증거를 제출하지 않았다는 이유로 심판대상조항은 최소피해성 위반이라고 판단하였다.²⁵³⁾

한편, 같은 해에 선고된 *Wakeling v. United States of America* 판결에서²⁵⁴⁾ 법정의견은 *Oakes* 심사에 나아가지 않았지만, Abella, Cromwell, Karakatsanis 대법관의 반대의견은 *Oakes* 심사를 하였다. 위 3인의 반대의견은 감청결과 제공 사실을 사후에 통지하는 것과 같은 장치를 마련하는 입법대안으로도 법집행에 있어서의 국제협력 증진이라는 입법목적은 달성할 수 있으므로, 심판대상조항은 최소피해성에 위반되어 위헌이라고 판시하였다.²⁵⁵⁾

(바) *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)* 판결, *Carter v. Canada (Attorney General)* 판결, *R. v. Nur* 판결

캐나다 연방대법원이 2015년에 선고한 판결 중 법률의 위헌 여부 판단을 위해 *Oakes* 심사를 한 판결은 세 건이다. 이 세 건의 판결은 모두 최소피해성 판단에서 *Hutterian Brethren* 판결을 인용하고, 그 논증구조를 따랐다는 공통점이 있다. 먼저 *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)* 판결에서²⁵⁶⁾ 다수의견은 심판대상조항이 합리적 관련성 원칙을 만족하지 못하므로 최소피해성 판단으로 나갈 필요 없이 캐나다권리자유헌장 제1조 심사를 끝내도 된다고 판시한 다음, 예비적으로 최소피해성 판단으로 나아갔다. 다수의견은 최소피해성 판단 부분에서 단체교섭권의 부분 배제

침해하는지 여부에 관한 것이었다. 결론은 전원일치로 위헌이었다[관여 대법관: McLachlin(대법원장), LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner]. 참고로, 2014년의 경우, 캐나다 연방대법원이 선고한 79건의 판결 중 12건이 캐나다권리자유헌장에 관련된 것이었다.

253) *Ibid.*, paras. 79, 80. 이 판결에서 캐나다 연방대법원은 *Oakes* 판결도 *Hutterian Brethren* 판결도 인용하지 않았다.

254) [2014] 3 S.C.R. 549. 이 사건은 감청 결과를 외국에 제공하는 것의 합헌성이 쟁점이었다. 결론은 합헌이었다.

합헌의견: McLachlin 대법원장, LeBel 대법관, Rothstein 대법관, Moldaver 대법관. 위헌의견: Abella 대법관, Cromwell 대법관, Karakatsanis 대법관.

255) *Ibid.*, para. 146.

256) [2015] 1 S.C.R. 3. 이 사건은 경찰의 단체교섭권 배제의 위헌 여부가 쟁점이었다. 결론은 위헌이었다.

위헌의견: McLachlin 대법원장, LeBel 대법관, Abella 대법관, Cromwell 대법관, Karakatsanis 대법관, Wagner 대법관. 합헌의견: Rothstein 대법관.

로도 입법목적 달성을 할 수 있다는 이유를 들어 심판대상조항이 최소피해성에 위반된다고 결론 내렸다.²⁵⁷⁾

다음으로, *Carter v. Canada(Attorney General)* 판결의(이하 ‘*Carter* 판결’이라 한다)²⁵⁸⁾ 최소피해성 논증에서 캐나다 연방대법원은 적절하게 설계되고 운영되는 보호체계를 마련하여 안락사를 허용하는 입법대안을 근거로 안락사를 전면 금지하는 심판대상조항이 최소피해성 위반이라는 결론에 이르고, 효과의 비례성 판단에는 나아가지 않았다.²⁵⁹⁾

또한 *R. v. Nur* 판결의 경우²⁶⁰⁾ 연방대법원은 최소피해성 논증에서 비난가능성이 큰 경우에만 높은 처단형 하한을 정하는 입법대안을 통해 동등하게 입법 목적을 달성하면서도 현장상 권리는 덜 제한할 수 있다는 이유로 심판대상조항이 최소피해성 위반이라는 결론에 이르렀다.²⁶¹⁾

(사) *R. v. K.R.J* 판결, *R. v. Safarzadeh-Markhali* 판결

캐나다 연방대법원은 2016년에는 *R. v. K.R.J* 판결에서(이하 ‘*K.R.J* 판결’이라 한다)²⁶²⁾ *Hutterian Brethren* 판결을 인용한 다음 최소피해성을 형량의 요소를 포함하지 않은 형태로 적용하고, 형량은 효과의 비례성 부분에서 하였다. 그 결과 캐나다 연방대법원은 심판대상조항들 중 하나에 대하여 최소피해성은

257) *Ibid.*, paras. 148-153.

258) [2015] 1 S.C.R. 331. 이 사건은 안락사 처벌규정의 위헌 여부가 쟁점이었다. 결론은 전원일치로 위헌이었다[관여 대법관: McLachlin(대법원장) LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon]

259) *Ibid.*, paras. 102-122.

260) [2015] 1 S.C.R. 773. 이 사건은 총기를 장전상태로 소지하거나 보관하는 경우 하한을 3년으로 하는 징역형에 처하도록 한 법률의 위헌 여부가 쟁점이었다. 결론은 위헌이었다.

위헌의견: McLachlin 대법원장, LeBel 대법관, Abella 대법관, Cromwell 대법관, Karakatsanis 대법관, Gascon 대법관, 합헌의견: Rothstein 대법관, Moldaver 대법관, Wagner 대법관.

261) *Ibid.*, paras. 116, 117.

262) [2016] 1 S.C.R. 906. 이 사건은 16세 미만의 사람을 대상으로 성범죄를 저지른 사람에 대해 16세 미만의 사람에 대한 접촉 금지의무를 부과하는 심판대상조항과 인터넷 사용 금지의무를 소급적으로 부과하는 심판대상조항의 위헌 여부가 쟁점이었다. 이 판결 중 최소피해성 단계에서 입법대안과 심판대상조항의 비교는 paras. 70-76 부분을, 효과의 비례성 단계에서의 형량은 paras. 77-114 부분을 각 참조. 전자에 대해서는 위헌, 후자에 대해서는 합헌의 결론이 내려졌다.

다수의견: McLachlin 대법원장, Cromwell 대법관, Moldaver 대법관, Karakatsanis 대법관, Wagner 대법관, Gascon 대법관, Côté 대법관.

후자에 대한 위헌 취지의 반대의견: Abella 대법관, 전자에 대한 합헌 취지의 반대의견: Brown 대법관

만족하나 효과의 비례성은 만족하지 못한다는 결론에 이르렀다. 이 판결은 논증구조의 측면에서 자세히 분석할 필요가 있으므로 항을 달리하여 검토하기로 한다.

또한 캐나다 연방대법원은 위 판결과 같은 해에 *R. v. Safarzadeh-Markhali* 판결에서²⁶³⁾ 최소피해성 논증구조에 관해 2015년의 *Carter* 판결을 인용한 다음, 최소피해성 논증에서는 법관에게 개별 구체적인 사정을 감안하여 가중치를 부여할 재량을 주는 입법대안이 심판대상조항만큼 입법목적을 달성한다고 보아 최소피해성 위반의 결론에 이르렀다.²⁶⁴⁾

(아) *Frank v. Canada(Attorney General)* 판결

2019년 1월 11일 선고된 *Frank v. Canada(Attorney General)* 판결에서²⁶⁵⁾ 위헌의견 중 Wagner 대법원장, Moldaver 대법관, Karakatsanis 대법관, Gascon 대법관은 5년 이상 해외거주자들 중 캐나다와의 연결고리가 충분한 사람들에게 대해서까지 투표권을 부정하는 것은 오히려 선거의 공정성이라는 입법목적 달성의 정도를 떨어뜨리므로 최소피해성에 위반된다고 논증한다. 이러한 논증에서 명시적인 입법대안은 제시되지 않았지만 캐나다와의 연결고리가 충분한 사람들에게는 투표권을 부여하는 입법대안이 입법목적을 동등 이상으로 달성한다는 판단을 한 것으로 평가할 수 있다. 위 4인의 위헌의견은 효과의 비례성 판단까지 하였는데, 이 부분에서 효과의 비례성이 *Oakes* 심사에서 차지하는 독자적인 의미에 관하여 *Hutterian Brethren* 판결을 인용한 다음, 효과의 비례성 논증을 수행하였다.²⁶⁶⁾

한편, 위헌의견 중 Rowe 대법관은 합리적 관련성 판단 후에 이 사건에서는 효과의 비례성이 결정적인 역할을 한다고 밝힌 다음 최소피해성 판단을 생략

263) [2016] 1 S.C.R. 180. 이 사건은 미결구금일수 산입시에 미결구금일수 1일당 1.5일 이상의 가중치를 주지 못하도록 하고, 범죄경력 때문에 보석이 불허된 피의자에 대하여는 미결구금일수에 대해 아무런 가중치도 주지 못하도록 하는 법률의 위헌 여부가 쟁점이었다. 결론은 전원일치로 위헌이었다[관여 대법관: McLachlin(대법원장), Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown].

264) *Ibid.*, para. 63. 다만, 캐나다 연방대법원은 최소피해성 위반의 결론에 이른 후 효과의 비례성 심사에까지 나아갔다.

265) 2019 SCC 1(판결문 미간행). 이 사건은 5년 이상 해외거주자의 투표권을 예외 없이 제한하는 법률조항의 투표권 침해 여부가 쟁점이었다. 결론은 위헌이었다.

위헌의견: Wagner 대법원장, Moldaver 대법관, Karakatsanis 대법관, Gascon 대법관, Rowe 대법관. 합헌의견: Côté 대법관과 Brown 대법관.

266) *Ibid.*, paras. 76-82.

하고, 효과의 비례성 판단을 통해 효과의 비례성 위반으로 위헌이라는 의견을 제시하였다.²⁶⁷⁾ 이러한 의견은 이 사건 심판대상조항과 같이 제한의 기준이 수치화되어 있는 경우에는 그 숫자보다 약간 적은 입법대안을 언제나 제시할 수 있고, 그러할 경우 입법목적 달성정도가 그만큼 떨어지므로 심판대상조항이 최소피해성을 쉽게 통과할 수 있어 최소피해성이 *Oakes* 심사에서 중요한 역할을 하지 못한다는 점을 반영한 것으로 평가할 수 있다.

다만, *Côté* 대법관과 *Brown* 대법관의 합헌의견은 여러 가지 근거를 차례로 제시한 다음, 종합적인 판단으로 *Oakes* 심사의 하위 원칙들의 결론을 내리는 구조를 취하는데, 그 중 최소피해성 부분은 심판대상조항이 합리적인 범위의 선택지에 해당되므로 최소피해성 위반이 아니라고 논증하였다.²⁶⁸⁾ 위 합헌의견은 *Hutterian Brethren* 판결 이전의 주류적 논증구조에 따른 것으로 평가할 수 있다.

(2) *K.R.J.* 판결

(가) 사안의 개요

이 판결은 16세 미만의 사람을 대상으로 성범죄를 저지른 사람에 대해 16세 미만의 사람에 대한 접촉 금지의무를 소급적으로 부과하는 심판대상조항과 인터넷 사용 금지의무를 소급적으로 부과하는 심판대상조항에 관한 것이다. 이 판결의 쟁점은 위 각 심판대상조항이 캐나다권리자유헌장 제11조 제(i)항에²⁶⁹⁾ 보장된 소급처벌을 받지 않을 권리를 침해하는지 여부이다. 상고인들은 장래효만 부여하는 입법대안이 있고, 이러한 입법대안에 의할 때 심판대상조항만큼 입법목적 달성할 수 없음을 정부 측이 입증하지 못했으므로 최소피해성 위반이라고 주장하였다.

(나) 분석의 필요성

Hutterian Brethren 판결 이전의 주류적 판례들은 최소피해성 심사에 치우쳐져 있기 때문에 최소피해성 위반 여부가 곧 *Oakes* 심사의 결론을 좌우하였다. 따라서 최소피해성에는 위반되지 않으나 효과의 비례성에는 위반되어 위헌

267) *Ibid.*, paras. 104-109.

268) *Ibid.*, paras. 160-172.

269) 원문은 다음과 같다. 11. (i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

이라는 결론에 이르는 판결을 찾아보기 어려웠다. 하지만, *K.R.J.* 판결은²⁷⁰⁾ 두 개의 심판대상조항 모두 최소피해성은 통과한다는 결론에 이른 다음, 둘 중 하나는 효과의 비례성은 통과하나 나머지 하나는 그렇지 못하다고 결론짓는다. 두 개의 심판대상조항 중 논증구조의 측면에서 주목할 만한 것은 최소피해성을 통과하고도 효과의 비례성은 통과하지 못한 쪽이다. 이러한 경우는 종래의 논증구조에서는 찾아보기 어려웠기 때문이다. 최소피해성은 통과하지만, 효과의 비례성을 통과하지 못하는 경우가 발생한 가장 큰 이유는 이 판결에서 캐나다 연방대법원이 *Hutterian Brethren* 판결에서 제시하였던 최소피해성과 효과의 비례성의 엄격한 구별 및 효과의 비례성 부분에서의 형량 실시라는 논증구조를 따랐기 때문인 것으로 보인다.

K.R.J. 판결은 16세 미만의 사람에 대한 접촉 금지의무를 부과하는 심판대상조항에 대한 Abella 대법관의 반대의견, 인터넷 사용 금지의무를 소급적으로 부과하는 심판대상조항에 대한 Brown 대법관의 반대의견이 있었다. 두 심판대상조항 모두에 대해 다수의견은²⁷¹⁾ Karakatsanis 대법관이 집필하였다.

(다) 다수의견의 최소피해성 판단

캐나다 연방대법원은 최소피해성 부분에서 장래효만 부여하는 입법대안에 대해 다음과 같이 판단하였다.

장래효만 인정할 경우 16세미만 접촉 금지의무나 인터넷 사용 금지의무가 도입된 2012년 이전에 범죄를 저지른 사람들로부터도 아이들을 보호하려는 입법목적을 완전히 달성할 수 없게 만든다. (중략) 소급효를 도입하여 거둘 수 있는 효과가 구체적으로 얼마나 되는지는 다음 단계, 즉 ‘효과’의 비례성(proportionality of effects)’ 심사에서 해결하도록 남겨 놓는 것이 가장 좋은 방법이다.²⁷²⁾

이와 같이 캐나다 연방대법원은 *Hutterian Brethren* 판결의 논증구조를 이어 받아 어떠한 입법대안이 심판대상조항을 최소피해성 위반으로 만들기 위해서

270) [2016] 1 S.C.R. 906.

271) McLachlin 대법원장, Cromwell 대법관, Moldaver 대법관, Karakatsanis 대법관, Wagner 대법관, Gascon 대법관, Côté 대법관. 심판대상조항들 중 접촉 금지 의무에 관한 조항에 대해서는 Abella 대법관이, 인터넷 사용 금지의무에 관한 조항에 대해서는 Brown 대법관이 각각 다수의견에 가담하였다.

272) [2016] 1 S.C.R. 906, para. 75.

는 그 입법대안에 의할 경우에도 심판대상조항만큼 입법목적 달성해야 한다는 것을 분명히 실시하고, 이 사건에서 상고인들이 제시한 입법대안인 ‘장래효 만 부과’라는 대안은 이를 만족시키지 못한다는 방식으로 최소피해성을 논증한다. 나아가 캐나다 연방대법원은 최소피해성은 심판대상조항과 입법대안 사이의 비교이므로, 심판대상조항에 의한 입법목적 달성의 정도에 관한 구체적인 분석은 최소피해성의 본격적인 내용이 될 수 없다고 밝히고 있다.

(라) 다수의견의 효과의 비례성 판단

캐나다 연방대법원은 위와 같이 심판대상조항이 최소피해성 원칙에 위반되지 않는다고 결론 내린 다음 효과의 비례성 판단으로 이행하는데, 그 시작 부분에서 효과의 비례성 심사의 중요성을 다음과 같이 강조한다.

이 마지막 단계는 다른 단계들과 근본적으로 구별되는 역할을 하기 때문에 중요하다. *Thomson Newspapers Co. v. Canada(Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877의 제125단락에서 이 법원의 다수의견은 “제2-1단계 및 제2-2단계 과잉금지심사에서 초점은 입법적 조치와 헌장상 권리 사이의 관계가 아니라 입법적 조치의 목적과 수단 사이의 관계에 맞추어져 있다. . . 제2-3단계는 그 전 단계 심사에 드러난 실질적이고 구체적인 요소들을 전제로 하여, 헌장상 권리 제한으로 얻는 이익과 그로 인한 해로운 효과가 캐나다권리자유헌장에 내재한 가치들에 비추어 비례성이 있는지를 평가하는 것이다.”라고 판시하였다.²⁷³⁾

이러한 이유 때문에 전직 이스라엘 대법원장인 Aharon Barak이 효과의 비례성을 “과잉금지원칙의 핵심 그 자체”라고 표현하였고, *Hutterian Brethren* 판결의 제149단락에서 Abella 대법관이 “대부분의 어려운 개념 형량은 바로 이 마지막 단계 — 효과의 비례성 — 에서 이루어져야만 한다. 효과의 비례성이란 결국 헌장 제1조 자체이다”라고 판시한 것이다.²⁷⁴⁾

나 역시 동의한다. 최소피해성이 캐나다에서 헌장 제1조에 관한 담론의 많은 부분을 지배해 왔지만, 이 마지막 단계야말로 사법부로 하여금 헌장 제1조의 핵심에 놓여 있는 비례성 문제의 정수를 해결하도록 허용한다. 사법부가 입법목적에 관한 판단을 넘어서서 “직접적이고 분명한 방법을 동원하여”

273) *Ibid.*, para. 77.

274) *Ibid.*, para. 78.

심판대상조항이 캐나다의 자유롭고 민주적인 사회에 미치는 영향을 전방위적으로 심사하는 것은 오직 이 마지막 단계에서이다. (중략) 이 심사는 어려운 가치판단을 내용으로 하지만, 이 판단을 명시적으로 하는 것이 바람직하다. 그렇게 함으로써 최종 결론의 투명성과 설득력을 증진시킬 수 있기 때문이다.²⁷⁵⁾

캐나다 연방대법원은 이와 같이 효과의 비례성의 중요성에 관한 일반론을 실시한 다음, 두 개의 심판대상조항 각각에 대해 부정적 효과와 긍정적 효과를 형량한다. 그 형량을 위해 사회과학적 연구결과와 통계를 하나하나 검토한 다음, 인터넷의 폭발적인 성장과 성범죄와의 상관관계는 인터넷 사용 금지의무를 소급적으로 부과하는 것을 정당화할 만한 새로운 사정이라고 볼 수 있으나, 접촉 금지의무의 경우에는 그러한 사정이 보이지 않는다고 판단하였다. 그 결과 심판대상조항 중 인터넷 사용 금지의 소급효에 관한 부분은 효과의 비례성까지 만족하여 합헌이고, 접촉 금지의 소급효에 관한 부분은 최소피해성은 만족시키나 효과의 비례성을 만족시키지 못하여 위헌이라는 결론에 이르렀다.

(마) 반대의견의 논증구조

이 판결에는 Abella 대법관과 Brown 대법관의 반대의견이 있었으나 두 반대의견 모두 *Oakes* 심사의 논증구조에 관한 것은 아니다. Abella 대법관의 반대의견은 제11조에서 소급처벌을 받지 않을 권리를 해석의 여지없이 분명하게 규정한 이상 이 권리의 침해여부에 대한 *Oakes* 심사에 있어서는 각 하위 원칙의 적용강도를 강화해야 함을 전제로 한다.²⁷⁶⁾ Abella 대법관은 접촉 금지의무 소급 조항은 물론이고, 인터넷 사용 금지의무를 소급적으로 부여하는 심판대상조항 역시 제출된 자료만으로는 효과의 비례성을 인정할 만큼 소급처벌을 받지 않을 권리의 제한을 정당화할 수 없어 위헌이라는 의견이다.²⁷⁷⁾

Brown 대법관의 반대의견 역시 효과의 비례성의 중요성에 관한 다수의견의 입장에는 동의하는 취지이다. 그러나 Brown 대법관은 헌장 제1조 심사에 있어서 피할 수 없는 규범적 물음에 초점을 유지해야만하므로 *Oakes* 법리를 기계적으로 적용해서는 안 된다고 주장한다.²⁷⁸⁾ 이어 Brown 대법관은 다수의견

275) *Ibid.*, para. 79.

276) *Ibid.*, para. 124.

277) *Ibid.*, paras. 128, 129.

278) *Ibid.*, para. 136.

이 과잉금지원칙의 적용강도를 지나치게 높게 하였다는 점을 비판한 다음,²⁷⁹⁾ 두 가지 심판대상조항 모두 합헌이라는 결론에 이른다.

(3) *Oakes* 심사 논증구조의 전망

이상과 같은 판결들을 살펴보면, 캐나다 연방대법원이 *Hutterian Brethren* 판결 이후의 모든 *Oakes* 심사 관련 판결에서 효과의 비례성으로 논증의 중심을 이동했다고 평가하기는 어렵다.²⁸⁰⁾ 그러나 2009년 *Hutterian Brethren* 판결의 논증구조에 대해 긍정적인 학계의 평가가 많았고, 위 판결에서 논증구조의 변화에 반대하였던 대법관들도 그 이후의 판결에서는 변화된 논증구조를 받아들이기도 하였다. 또한 앞서 살펴 본 바와 같이 위 판결 이후 내려진 일련의 판결들에 의해 효과의 비례성의 중요성이 커졌고,²⁸¹⁾ 최소피해성과 효과의 비례성을 구별하고 효과의 비례성 부분에서 본격적인 형량을 하는 새로운 논증구조의 흐름이 형성되고 있다. 이러한 흐름은 최소피해성을 만족하고 효과의 비례성은 만족하지 않는다는 이유로 위헌의 결론에 이르는 *K.R.J.* 판결에서 정점을 이룬다. 이는 효과의 비례성 심사가 중심이 되는 경우에만 가능한 것으로서 *Hutterian Brethren* 판결 이전의 선례에서는 찾아보기 어려웠다. 다만, 이러한 논증구조가 앞으로도 유지될 것인지는 좀 더 지켜보아야 할 것이다.

4. 소결

- 캐나다 연방대법원은 1982년에 제정된 캐나다권리자유헌장에 기초하여 헌장상 권리 침해 여부에 대하여 본격적인 사법심사를 시작하였다. 캐나다권리자유헌장은 제1조에 헌장상 권리 제한에 관한 일반적 법률유보조항을 두고 있다.
- 캐나다 연방대법원은 1986년 *Oakes* 판결에서 헌장 제1조를 해석하여 법률의 헌장상 권리 침해 여부를 판단하는 논증구조를 정립하였고, 이는 *Oakes* 심사라 불린다. *Oakes* 심사는 제1단계인 목적의 충분한 중요성, 제2-1단계인 합리적 관련성, 제2-2단계인 최소피해성, 제2-3단계인 효과의

279) *Ibid.*, para. 140.

280) Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 104. Petersen은 가까운 미래에 캐나다 연방대법원이 효과의 비례성 논증에 집중하는 법원으로 바뀌지는 않을 것으로 전망한다(*Ibid.*, p. 106).

281) Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, p. 79.

비례성으로 구성되는데, 캐나다 연방대법원은 제2단계를 이루는 합리적 관련성, 최소피해성, 효과의 비례성을 과잉금지심사의 일종으로 파악한다.

- *Oakes* 판결에서 최소피해성의 의미는 심판대상조항이 권리나 자유를 가능한 한 적게 침해하는지로 판시되었으나, 그 후 심판대상조항이 합리적으로 가능한 범위 내에서 최소한으로 현장상 권리를 제한하는지 혹은 입법목적 을 달성하면서도 현장상 권리는 덜 제한하는 합리적인 대안이 있는지 등으로 그 의미가 변형되었다.
- *Oakes* 판결에서 효과의 비례성은 심판대상조항의 입법목적과 제한되는 권리에 미치는 효과 사이의 비례성이라고 판시되었으나, *Dagenais* 판결에서 심판대상조항의 실질적인 이로온 효과와 실질적인 해로운 효과 사이의 비례성으로 재정식화 되었다.
- *Oakes* 판결 이후 *Oakes* 심사의 논증구조는 최소피해성 단계에서 형량을 포함하여 대부분의 논증을 하는 형태가 대세를 이루었다. 다만, 2009년 선고된 *Hutterian Brethren* 판결을 계기로 최소피해성과 효과의 비례성을 엄격히 구별하고, 형량은 효과의 비례성 단계에서만 수행하는 방식의 논증 구조가 형성되고 있다.

제2절 *Oakes* 심사의 적용강도

캐나다 연방대법원은 deference 개념을 중심으로 *Oakes* 심사의 하위 원칙 적용의 강약을 조절한다. *Oakes* 심사에 있어 deference에 관한 논의는 현장상 권리 제한이 과잉한지의 판단 단계에서 비로소 논의되고, 그 전단계인 현장상 권리 제한의 유무, 현장상 권리의 보호영역에 관해서는 논의되지 않는다.²⁸²⁾ 현장상 권리 제한이 위헌인지를 판단하기 위해 *Oakes* 심사의 하위 원칙들을 적용하기로 결정한 것만으로는 위헌 여부를 판단하기에 부족하다. 어떤 의미에서는 *Oakes* 심사의 각 하위 원칙을 분명히 하는 것보다 오히려 이를 얼마나 엄격하게 적용할지가 핵심이다.²⁸³⁾

282) “입법자에 대한 deference는 현장상 권리의 본질과 보호범위를 정의하는 단계에서가 아니라 *Oakes* 분석과정 특히 최소피해성 단계에서 제 기능을 한다.” *Ontario(Attorney General) v. Fraser*[2011] 2 S.C.R. 3, para. 81.

283) Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, pp. 81, 93; Thomas Poole, “The Reformation of English Administrative Law”, 68 *Cambridge Law Journal*(2009), p. 146.

Oakes 심사의 적용강도는 궁극적으로는 권력분립의 원리와 관련이 있기 때문에 법률의 위헌 여부 심사인 *Oakes* 심사에 있어 deference는 입법 재량 존중의 정도를 의미한다. 캐나다 연방대법원은 *Oakes* 심사에 있어 deference를 특정한 영역별로 일률적으로 정할 수 있다고 보지 않고, 다양한 요소들을 고려하여 사안별로 개별 구체적으로 정하여야 한다고 본다.²⁸⁴⁾ 그렇기 때문에 deference를 정하는 불변의 원칙을 알아내기는 어렵다 하더라도, 일련의 판례들을 살펴봄으로써 deference를 정하는 데에 영향을 미치는 요소들을 추출해 낼 수는 있다.²⁸⁵⁾

1. deference 법리 개관

가. 캐나다에서의 deference 법리의 시작: 행정소송

deference란 사법부가 사법심사를 함에 있어 입법부와 행정부의 1차적 합헌·합법 판단을 존중한다는 의미로 커먼로 전통의 국가에서 발전한 개념이다.²⁸⁶⁾ 사법부는 deference 부여의 정도를 조절함으로써 입법부와 행정부의 권한을 침해하지 않으면서도, 입법부와 행정부를 견제할 수 있다. 캐나다에서 deference 법리는 캐나다권리자유헌장 제정 전에 행정소송의 영역에서 먼저 발달하였다. 이는 미국과 영국의 영향을 받은 것이지만,²⁸⁷⁾ 그와 구별되는 독자적인 형태를 갖추었다.

캐나다의 행정소송에서도 처음부터 deference가 광범위하게 인정된 것은 아니다. 이는 행정부의 자의성을 경계하여, 행정부로 하여금 입법부가 정해 놓은

284) *Thomson Newspapers v. Canada* [1998] 1 S.C.R. 877, para. 90.

285) Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, p. 82.

286) 영국, 미국, 캐나다의 행정소송에서 deference에 관한 종합적 연구로는 Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law: Basis, Application and Scope*, Oxford University Press(2012) 참조. Daly는 deference를 ‘인식론적 deference(epistemic deference)’와 ‘교조적 deference(doctrinal deference)’로 나누어 설명하고, 이것이 행정소송에서 헌장상 권리 침해여부에 관하여 과잉금지원칙의 각 하위 원칙을 판단할 때 작용한다고 설명한다(*Ibid.*, pp. 7-9, 205-212); 영국, 캐나다, 남아프리카공화국의 deference 비교연구로는, P. Lenta, “Judicial Deference and Rights”, *Journal of South African Law*(2006), pp. 456-467 참조. 영국에서 인권법(Human Rights Act) 관련 사법심사에 있어 deference 논의에 관해서는 Roger Masterman, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, Cambridge University Press(2011), pp. 121-129 참조.

287) David J. Mullan, “Deference: Is it useful outside Canada?”, *Acta Juridica*(2006), pp. 55-56.

들 안에서만 행동하도록 하여야 한다는 것을 강조한 Dicey의 영향이 크다.²⁸⁸⁾ 이에 따르면 사법부의 역할은 행정행위를 엄격하게 심사하고 그 적법 여부를 엄밀하게 따져야 하는 것이기 때문에 deference를 인정하기 어렵다. 이러한 원칙적인 입장은 캐나다 연방대법원의 1979년 *C.U.P.E.* 판결²⁸⁹⁾ 이후 바뀌었고, 그 후로 행정의 1차적 판단에 대한 deference 부여 법리가 발달하였다. 캐나다 연방대법원은 2008년의 *Dunsmuir v. New Brunswick* 판결에서 다음과 같이 deference를 정의하였다.

deference라는 개념은 행정소송에서 너무나 중심적인 개념임에도 불구하고 판례상 충분하게 탐구되지 않았다. 이러한 맥락에서 deference는 무엇을 의미하는가? Deference란 사법부의 태도이기도 하고, 사법심사에 있어서의 법적 요청이기도 하다. Deference란 사법부가 정책결정자의 결단에 종속된 다거나, 그들의 법해석에 맹목적인 존경을 보여야만 한다거나, 합리성심사라는 '입에 발린 말(lip service)'을 함으로써 그들의 견해를 사실상 강제하는 것에 만족해야 한다는 것을 의미하는 것이 아니다. 오히려 deference는 사실의 측면과 규범의 측면 모두에서 행정청의 의사결정 과정을 존중한다는 의미이다. (중략) 『“존중으로서의 deference(deference as respect)”라는 개념은 사법부가 행정청에 복종하는 것이 아니라, 행정청의 결정을 뒷받침하는 이유로 제시되었거나 제시될 수 있었던 사항에 대해 사법부가 이를 존중하는 태도로 심사하는 것을 의미한다』는 David Dyzenhaus의 견해에 동의한다.²⁹⁰⁾

캐나다 연방대법원의 행정소송에서의 사법심사는 통상 1개의 정답이 있음을 전제로 deference를 허용하지 않는 엄격심사와 일정한 범위의 정답이 있음을 전제로 deference를 허용하는 합리성심사로 나뉜다.²⁹¹⁾ 양자 중 어느 것을 택

288) Alan Freckelton, *The Concept of Deference in Substantive Review of Administrative Decisions in Four Common Law Countries* (Masters of Laws dissertation, University of British Columbia, Vancouver, Canada, 2013), pp. 35, 36.

289) *C.U.P.E. v. N.B. Liquor Corporation* [1979] 2 S.C.R. 227.

290) *Ibid.*, para. 48.

291) Collen M. Flood, Jennifer Dolling, “An Introduction to Administrative Law: Some History and a Few Signposts for a Twisted Path”, *Administrative Law in Context*, Emond Montgomery Publications(2013), pp. 29-30. 엄격심사(correctness), 합리성심사(unreasonableness), 명백한 합리성심사(patent unreasonableness)의 세 가지로 분류하기도 한다.

할지에 관해 상세한 판례 법리가 발전되어 왔는데, 이를 통칭하여 ‘실용적·기능적 접근법(pragmatic and functional approach)’이라 한다.²⁹²⁾ 이는 법원이 행정청의 판단과 자신의 판단이 다르면 곧바로 위법이라고 판결할지, 아니면 행정청의 판단이 자신의 판단과 다르더라도 행정청의 판단이 명백히 불합리한 경우에만 이를 위법이라고 판결할지를 내용으로 한다.²⁹³⁾

이와 같이 행정법 영역에서 발전해 온 1차 판단 존중 법리는 1982년 캐나다 권리자유헌장이 헌법에 편입됨에 따라 어떻게 이와 조화될 수 있을지라는 새로운 쟁점을 맞이하게 되었다.²⁹⁴⁾ *Doré v. Barreau du Québec* 사건에서 연방대법원은 행정청의 재량행위의 적법성 통제에 있어서는 캐나다 권리자유헌장상 권리가 쟁점인 경우에도, *Oakes* 심사가 아니라 전통적인 합리성심사에 의하되, 행정청의 재량행위가 캐나다 권리자유헌장에 의해 보장되는 가치들을 적절하게 형량한 결과라면 합리적인 것으로 판단해야 한다고 판시하였다.²⁹⁵⁾ 그러나 이 판결 이후에도 *Oakes* 심사와 합리성심사의 조화방안, 캐나다 권리자유헌장상 권리를 침해하는 행정청의 재량행위에 대한 적절한 통제가능성, 행정청의 형량을 얼마나 존중할 것인지 등에 관한 의문이 여전히 남아 있다.²⁹⁶⁾

나. *Oakes* 심사에 있어서의 deference 법리

(1) 판례에 의한 귀납적인 법리 발전

캐나다 권리자유헌장 도입 이후 deference 법리는 헌법소송의 영역으로까지

292) *Dr Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia* [2003] 1 S.C.R. 226, para. 21; 예컨대, 국가안보가 쟁점인 행정소송에서 캐나다 연방대법원의 deference 부여 경향에 관해서는, Kent Roach, “Section 7 of the Charter and National Security: Rights Protection and Proportionality versus Deference and Status”, 42 *Ottawa Law Review*(2011), pp. 337-367 참조.

293) Collen M. Flood, Jennifer Dolling 2013, *op. cit.*, p. 30.

294) David J. Mullan 2006, *op. cit.*, p. 53.

295) [2012] 1 S.C.R. 395, paras. 57-58.

296) Mary Liston, “Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative State”, *Administrative Law in Context*, Emond Montgomery Publications(2013), p. 80; Laverne Jacobs, “Caught Between Judicial Paradigms and the Administrative State’s Pastiche: “Tribunal” Independence, Impartiality, and Bias”, *Administrative Law in Context*, Emond Montgomery Publications(2013), p. 318; Sheila Wildeman, “Pas de Deux: Deference and Non-Deference in Action”, *Administrative Law in Context*, Emond Montgomery Publications(2013), pp. 364, 378, 379; Iryna Ponomarenko, “Tipping the Scales in the Reasonableness-Proportionality Debate in Canadian Administrative Law”, 21 *Appeal*(2016b), pp. 132-143.

본격적으로 확장되어 *Oakes* 심사와의 관련 하에 계속하여 발전하였다. 캐나다 연방대법원은 *Oakes* 심사를 다양한 사건에서 어떻게 유연하게 적용할지를 모색했고, 이것이 deference를 부여할 범주 혹은 기준의 모색이다.²⁹⁷⁾ *Oakes* 심사가 탄력적으로 적용될 수 있음은 *Oakes* 판결 자체에서도 암시된 바 있고,²⁹⁸⁾ 그에 뒤이은 *R. v. Edwards Books and Art Ltd.* 판결에서 다음과 같이 명시적으로 판시되었다.

과잉금지심사의 본질은 ‘구체적인 적용 상황(circumstances)’에 따라 달라질 수 있다. 입증의 정도나(standard of proof) 과잉금지의 요건을 이루는 하위 원칙을(criteria) 구체화 하는 데에 있어 엄격하고 비탄력적인 기준을 피하도록 주의를 기울여야 한다.²⁹⁹⁾

이러한 초기 판례에 뒤이어 캐나다 연방대법원은 deference 개념을 매개로 *Oakes* 심사의 강도를 다양하게 판단하였다. 캐나다 연방대법원은 행정법 영역에서의 실용적·기능적 접근법과 유사한 맥락에서 *Oakes* 심사의 deference 역시 ‘구체적인 사실적, 사회적 맥락(specific factual and social context)’을 고려하여 정한다. 그렇기 때문에 deference 법리는 거대한 일반이론을 기틀로 삼아 연역적으로 제시되는 것과는 정반대의 방향에서 전개되었다. 즉, 개별 구체적인 사건마다 그 사건의 특수성을 설명하고 그것이 deference에 어떻게 영향을 미치는지를 설명하는 귀납적 방식에 의해 조금씩 조금씩 deference 법리가 정립되어 왔다. 따라서 캐나다 연방대법원의 *Oakes* 심사의 deference는 그에 관한 대표적인 판례들을 살펴보는 방법으로 전체 그림을 파악하는 것이 적절하다.

(2) deference의 도출 근거: 캐나다권리자유헌장 제1조

캐나다 연방대법원은 *Oakes* 심사의 구체적인 논증구조를 도출해 낼 때와 마찬가지로 deference에 관해서도 캐나다권리자유헌장 제1조의 문언을 출발점으로 삼는다.³⁰⁰⁾ deference 조절의 문언상 근거는 헌장 제1조의 “합리적인

297) Sujit Choudhry 2006, *op. cit.*, p. 503.

298) ‘과잉금지심사의 속성(the nature of the proportionality test)’이 구체적인 상황에 따라 다양하다 할지라도, 어느 사건에서든 법원은 사회 전체의 이익과 개인 및 집단의 이익을 형량해야 한다(*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, 139).

299) [1986] 2 S.C.R. 713, 768-769.

300) 헌장 제1조의 ‘합리적인 제한(reasonable limits)’이라는 문언을 deference 조절의 근거로 해

제한(reasonable limit)”, “명백히 정당화 되는(demonstrably justifiable)”, “자유롭고 민주적인 사회(free and democratic society)”라는 표현이다. 이러한 해석론의 뿌리는 다음과 같은 내용의 *Oakes* 판결 자체까지 거슬러 올라간다(강조는 필자).

캐나다권리자유헌장 제1조가 제시하는 헌장상 권리와 자유에 대한 정당화 요건은 **엄격하게** 적용해야 한다. 이는 특히 헌법적으로 보장된 권리와 자유가 제한된다는 측면, 자유롭고 민주적인 사회라는 근본 원리를 고려해야 한다는 측면에서 헌장 제1조의 요건을 이해하여야 하기 때문이다.³⁰¹⁾

이 판결에서 캐나다 연방대법원은 비록 deference라는 명확한 표현을 사용하지는 않았지만, 위와 같은 판시는 *Oakes* 심사의 적용에 있어 deference의 정도는 낮은 것이 원칙이라는 의미로 볼 수 있다. 또한 위 판결에 따르면 deference 조절은 ‘헌법상 권리의 보장 필요성’과 ‘자유롭고 민주적인 사회의 구현’이라는 요소에 의해 결정된다.

Oakes 판결과 같은 해에 선고되었음에도, *Oakes* 판결의 엄격성을 포기한 판결로 비판받기도 하는 *Edwards Books* 판결 역시 입법부에 대한 deference 부여의 근거를 캐나다권리자유헌장 제1조의 문언에서 찾는다. 이 판결에서 캐나다 연방대법원은 “합리적인 제한”이라는 문언에 주목하였다. 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건에서는 소매점의 일요일 휴무를 강제하는 법률이 종교의 자유를 제한하는지가 쟁점이었는데, Dickson 대법원장은 심판대상조항이 7인 이상의 사업장만을 대상으로 하는 것이 과잉한지 여부를 판단하면서 deference 부여 근거로 캐나다권리자유헌장 제1조에 규정된 “합리적인 제한”을 제시하였다.

나는 7이라는 숫자에, 예컨대 5, 10, 15명의 종업원 수와 분명히 구별되는 어떠한 마법이 있다고 생각하지는 않는다. (중략) *Oakes* 판결에서 구체화된 과잉금지원칙을 통해 사법부가 입법자에게 부과하기에 적절한 의무는 “합리적인 제한”을 할 것이다. 사법부는 어디에 정확히 경계선을 그어야 할 것인지에 관한 입법부의 의견을 사법부의 의견으로 대체하기 위해 만들어진 기관이 아니다.³⁰²⁾

석하는 학설로, Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, p. 1150.

301) *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, para. 65.

302) [1986] 2 S.C.R. 713, 782. Dickson 대법원장과 Chouinard 대법관, Le Dain 대법관의 의견이다. 다만, 앞서 살펴본 바와 같이 캐나다 연방대법원은 이 사건에서 *Oakes* 심사척도의 변형을

입법부에 대한 존중을 캐나다권리자유헌장 제1조의 문언을 *Oakes* 심사의 하위 원칙들의 적용강도의 조절 근거로 삼는 견해는 *Hutterian Brethren* 판결에서도 아래와 같이 제시된다.

캐나다권리자유헌장 제1조는 헌장상 권리의 제한이 가능자 위에 완벽하게 조준되어 있을 것을 요구하는 것이 아니라, “합리적이고”, “명백히 정당화될 것을” 요구할 뿐이다. 사회문제에 대한 복잡한 규제 조치에 관해 사법부는 헌장 제1조 심사의 전반에 걸쳐 의회를 더욱 존중하는(deferential) 태도를 취한다. 이에 반해 사법부는 형사처벌조항과 같이 심판대상조항이 기소된 사람의 자유를 직접 위협하는 경우에는 의회를 덜 존중한다.³⁰³⁾

캐나다권리자유헌장 제1조의 해석론에 기반하여 *Oakes* 심사에 있어 deference를 강조하는 캐나다 연방대법원의 입장은 그 후에도 반복된다. 예컨대, 앞서 살펴본 안락사에 관한 *Carter* 판결에서 캐나다 연방대법원은 *Oakes* 심사의 제2단계 판단을 시작하면서 다음과 같이 판시하였다.

과잉금지원칙은 완벽을 요구하는 것이 아니다: Saskatchewan(Human Rights Commission) v. Whatcott, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, para. 78. 캐나다권리자유헌장 제1조는 제한이 “합리적일 것”을 요구할 뿐이다. 이 법원은 특정의 사회문제를 해결하기 위한 방안은 다양할 수 있음을 강조해왔다. 또한 사회적 해악을 해결하기 위해 마련된 “복잡한 규제적 대응”에 대해서는 높은 정도의 deference가 부여될 것이라고 판시하였다(*Hutterian Brethren*, para. 37).³⁰⁴⁾

이러한 헌장 제1조의 해석론에서 출발하여 캐나다 연방대법원은 언제 헌장상 권리 제한의 필요성과 효과에 관한 입법자의 판단을 존중하여야 하는지에 관한 판례 법리를 형성해 나아갔다. 다만, deference를 부여할지, 부여한다면 얼마나 부여할지, *Oakes* 심사의 각 하위 원칙 중 어느 원칙에 부여할 것인지에 관해서는 대법관들 사이에 의견이 나뉘기도 하였다.³⁰⁵⁾ 이하에서는 *Oakes* 심사에 있어 deference에 관한 대표적인 판결들을 높은 정도의 deference를

통해 입법부에 대한 존중을 달성하였다.

303) *Alberta v. Hutterian Brethren* [2009] 2 S.C.R. 567, para. 37. 이러한 판시는 그 후에도 반복된다.

304) *Carter v. Canada (Attorney General)* [2015] 1 S.C.R. 331, para. 97.

305) Patrick Macklem, Carol Rogerson et al. 2010, *op. cit.*, pp. 780, 781.

지지하는 대법관이 다수인 판결들과, 소수인 판결들로 구별하여 차례로 살펴본다.³⁰⁶⁾

2. *Oakes* 심사에 있어 deference 관련 판결

가. 높은 정도의 deference를 지지하는 대법관이 다수인 판결들

(1) *Irwin Toy Ltd. v. Quebec(Attorney General)* 판결

(가) 사건의 개요

Irwin Toy Ltd. v. Quebec(Attorney General) 판결은(이하 '*Irwin Toy* 판결'이라 한다)³⁰⁷⁾ 13세 미만의 사람의 구매 욕구를 자극하는 것을 목표로 하는 상업광고를 금지하는 퀘벡주의 '소비자보호법(Consumer Protection Act)' 조항이 장난감 회사의 표현의 자유를 침해하는지가 쟁점인 사안이다. 이 사안에는 5인의 대법관이 관여하였는데, 의견은 합헌 3인, 위헌 2인으로 나뉘었다.³⁰⁸⁾

Dickson 대법원장, Lamer 대법관, Wilson 대법관이 공동집필한 3인의 합헌 의견은 *Oakes* 심사를 단계적으로 밝아나감에 있어 deference를 부여하는 정도에 관한 기준을 최초로 상세하게 제시하였는데,³⁰⁹⁾ 여기에서 제시된 의견이

306) 이 논문의 주된 분석 대상이 아니지만, 평등권 관련 판결들에서도 *Oakes* 심사의 deference 부여에 대한 판시가 있었다. 대표적으로, 동성결혼에 관한 *M. v. H.* 판결을 들 수 있다{[1999] 2 S.C.R. 3. 결론은 위헌}. 이 판결에서 Lamer 대법원장, L'Heureux 대법관, Cory 대법관, McLachlin 대법관, Iacobucci 대법관, Binne 대법관은 deference의 부여가 적절한지를 정하기 위해서는 사건의 구체적 맥락을 조사하는 것이 필수적이라고 판시하고 나서(*Ibid.*, para. 80. Iacobucci 대법관 작성), 이 사건의 경우 대립하는 집단의 이해관계를 조정하는 사안도 아니고, 재정부담 때문에 점진적인 조치를 취해야 하는 경우도 아니므로 deference 부여에 적절하지 않다고 판단하였다(*Ibid.*, paras. 126-131. Iacobucci 대법관 작성). Bastarache 대법관 역시 deference 정도를 정하는 데에 있어서는 사건의 구체적 맥락이 특히 중요하다고 판시하고, deference의 정도는 국가와 개인이 적대적인 관계인지 아니면 국가가 서로 다른 사회집단을 중재하는 위치인지와 같은 거친 기준만으로 결정될 수 없다고 설명하였다(*Ibid.*, para. 295). 또 다른 평등권 관련 판결로 공공부문에서 캐나다 시민권자 우선채용에 관한 *Lavoie v. Canada* 판결을 들 수 있다{[2002] 1 S.C.R. 769. 결론은 합헌}. 이 판결에서 캐나다 연방대법원은 심판대상 조항이 대립하는 집단 사이의 이해관계 조정에 관한 것이어서 *Oakes* 심사에 있어 어느 정도의 deference가 요구되나 사회적 약자를 보호하기 위한 법률도 아니고, 특별히 복잡한 사회과학적 증거에 기초한 것도 아니며, 고용이라는 상대적으로 높은 사회적 가치를 지닌 활동을 제한하고 있다는 점도 고려해야 한다고 판시하였다{[2002] 1 S.C.R. 769, para. 53}.

307) [1989] 1 S.C.R. 927.

308) 합헌의견: Dickson 대법원장, Lamer 대법관, Wilson 대법관, 위헌의견: Beetz 대법관, McIntyre 대법관.

이후로도 반복적으로 언급되면서³¹⁰⁾ deference에 관한 판례 법리가 형성되었다.³¹¹⁾

(나) 3인의 합헌의견의 deference 법리

1) 일반론 설시

합헌의견은 본격적인 *Oakes* 심사에 들어가기 전에 *Edwards Books* 판결 중 ‘사법부는 정확히 어디에 경계선을 그어야 할 것인지에 관한 입법부의 결정을 사법부의 결정으로 대체하기 위해 만들어진 기관이 아니다’는 Dickson 대법원장의 의견을³¹²⁾ 인용한다. 그런 다음 과학적인 증거들이 대립할 경우의 판단 방법에 대해 다음과 같이 판시한다.

신뢰성 있는 과학적 증거들이 서로 대립할 때 이를 어떻게 평가할지, 그리고 이 사건에서 10세나 7세가 아니라 13세를 나이 상한으로 정한 것을 어떻게 평가할지에 관해서도 같은 점을 유념해야 한다. 입법자가 공동체의 서로 다른 집단의 이해관계 충돌을 중재하는 경우에, 입법자는 정확히 어디에 선을 그어야 하는지를 알려줄 수 있는 지식이 불확실한 상황에서 선을 그어야만 하는 상황에 처한다. 만약 입법자가 어느 지점에 선을 그어야 하는지에 관해 합리적인 판단을 했다면, 특히 입법자가 그러한 판단을 위해 대립하는 과학적 증거들을 서로 견주어 보고, 희소한 자원을 분배하는 과정을 거쳤다면, 사법부가 다시 한 번 그에 관한 추측을 해 보아서는 안 된다. 그것은 하나의 가정을 또 다른 가정으로 대체하는 것에 불과하다.³¹³⁾

이어 합헌의견은 *Oakes* 심사의 제1단계에서 정부 측이 제출한 관련 자료들

309) 이 판례가 *Oakes* 심사에 있어 deference를 상세하게 언급한 최초의 판결이라는 점에 관해서는, Guy Davidov, “The Paradox of Judicial Deference”, *National Journal of Constitutional Law* Vol. 12, No. 2.(2001), p. 137.

310) 예컨대, *Stoffman v. Vancouver General Hospital* [1990] 3 S.C.R. 483, 521; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)* [1995] 3 S.C.R. 199, 331, 332.

311) 한편, McIntyre 대법관이 집필한 2인의 위헌의견은 표현의 자유는 그것이 정치적 표현의 자유이든, 종교적, 예술적, 상업적 표현의 자유이든 간에 급박하고 필수불가결한 이유가 있는 경우에만 제한할 수 있으므로 심판대상조항은 캐나다권리자유헌장 제1조에 반한다는 취지이다. 즉, 2인의 위헌의견은 표현의 자유에 관해 *Oakes* 심사의 특수한 변형인 “급박하고 필수불가결한 이유(urgent and compelling reasons)”의 준부를 위헌심사척도로 삼아 위헌의 결론에 이르렀다([1989] 1 S.C.R. 927, pp. 1005-1009). 따라서 2인의 위헌의견에는 *Oakes* 심사의 일반적인 단계적 심사척도 및 deference에 관한 언급이 없다.

312) [1986] 2 S.C.R. 713, 782.

313) [1989] 1 S.C.R. 927, 989, 990.

을 검토한 다음 사회적으로 가장 취약한 집단인 13세 미만의 어린이들이 광고에 현혹되는 것을 막는 것은 긴절하고 중요한 입법목적으로 인정된다고 판단하고, 제2-1단계 심사로 나아가 합리적 관련성을 인정한다. 이어 제2-2단계에서 deference의 부여가 적절한 경우와 적절하지 않은 경우를 구체적으로 제시한다.

2) deference 부여가 적절한 경우와 적절하지 않은 경우

합헌의견은 최소피해성 판단 부분에서 우선 *Edwards Books* 판결 중 Dickson 대법원장의 의견을 다음과 같이 인용한다.³¹⁴⁾

입법자가 어려운 처지에 있는 사람들의 상황을 개선하려고 제정한 법률이 사회적으로 더 나은 처지에 있는 사람들의 현장상 권리를 침해하여 위헌인지 여부를 판단하기 위하여, 사법부가 캐나다권리자유헌장을 해석하고 적용함에 있어서는, 캐나다권리자유헌장이 사회적으로 더 나은 처지에 있는 사람들을 위하여 더 어려운 처지에 있는 사람들에게 대한 보호를 박탈하는 도구에 불과한 것으로 전락하지 않도록 주의를 기울여야 한다.³¹⁵⁾

이어서 합헌의견은 deference 부여가 적절한 경우와 그 근거를 입법자의 의사결정 현실과 국가구조의 측면에서 다음과 같이 설시한다.

어떠한 수단이 현장상 권리를 가능한 가장 적게 제한하는 수단이 될 것인지는 입법 목적과 이를 달성할 수 있는 수단에 따라 물론 매우 다양할 것이다. (중략) 대립하는 이해관계를 가진 집단들 사이에 놓인 입법자는 불확실성에도 불구하고 어떠한 기준을 설정해야만 하는 상황에 처한다. (중략) 이 경우 입법자는 부족한 자원의 분배에 관한 상충하는 과학적 증거와 서로 다른 정당화 논거를 평가해야 한다. 민주주의는 이러한 어려운 선택에 따른 책임을 우리 모두가 분담하도록 하는 제도이다. 따라서 법원이 특히 약자들의 보호에 관하여 입법자가 숙고한 결과를 심사함에 있어서는 이와 같은 입법자의 국민의 대표자로서의 기능을 반드시 염두에 두어야 한다.³¹⁶⁾

합헌의견은 deference를 부여하는 것이 적절하지 않은 사안에 대해서는 다

314) *Ibid.*, 993.

315) *R. v. Edwards Books and Art Ltd.* [1986] 2 S.C.R. 713, 779.

316) [1989] 1 S.C.R. 927, 993.

음과 같이 판시한다.

정부가 대립하는 집단들의 이해관계를 조정하는 지위가 아니라, 헌장상 권리를 제한 받은 상대방과 일대일의 관계에 놓이는 경우에는 정부는 공동체 전체를 대표하는 위치에 서게 된다. 형사사법절차를 집행하는 정부에 대해 개인이 절차적 권리의 침해로 주장하는 경우가 그 전형적인 예이다. (중략) 이때에는 입법목적이 사법체계의 독립성과 중립성을 유지하는 것에 관련되므로, 법원은 이러한 상황을 다루어 온 축적된 경험에 근거하여, 당해 목적 달성을 위해 “가장 덜 제한적인 수단”이 무엇인지 어느 정도 확실성을 가지고 판단할 수 있다.³¹⁷⁾

3) 이 사건에서의 최소피해성, 효과의 비례성에 관한 구체적 판단

위와 같은 deference 법리 실시 후에 합헌의견은 최소피해성 위반 여부에 관한 구체적 검토에 들어간다. 합헌의견은 상업광고가 어린이에 미치는 영향 등 관련된 각종 증거와 통계자료들을 면밀히 검토한 후, 심판대상조항의 경우 약자를 보호하기 위한 것이므로 사회과학적 증거를 엄격히 요구하지 않는다고 판시하고, ‘상업광고로부터 어린이들이 이용당하는 것을 막고자 하는 긴절하고 중요한 공익을 달성하기 위해 13세 미만을 대상으로 한 광고를 전면 금지하는 심판대상조항이 표현의 자유에 대한 최소한의 제한이다’라는 입법자의 결론에 합리성이 있으므로, 심판대상조항은 최소피해성에 위반되지 않는다고 판단하였다.³¹⁸⁾

다음으로, 합헌의견은 “해로운 효과(Deleterious Effects)”라는 목차를 잡아 효과의 비례성 판단을 한다. 그런데 최소피해성과 달리 이 부분에는 deference에 대한 언급이 없다.³¹⁹⁾ 그 이유는 앞서 자세히 살펴본 바와 같이 *Hutterian Brethren* 판결 이전의 캐나다 연방대법원은 대개 최소피해성에서 형량을 하였기 때문에 효과의 비례성 단계에서는 deference 개념이 해결해야 할 과제가 이미 해결된 상태이기 때문인 것으로 보인다.

(2) *Harper v. Canada(Attorney General)* 판결

317) *Ibid.*

318) [1989] 1 S.C.R. 927, 992-1000.

319) *Ibid.*, p. 1000.

(가) 사안의 개요

Harper v. Canada(Attorney General) 판결은(이하 ‘*Harper* 판결’이라 한다)³²⁰⁾ 정당이나 후보자가 아닌 제3자는 선거운동기간 동안 지역구별로 3,000 캐나다달러까지, 전국 합계 150,000 캐나다달러까지만 정당이나 후보자에 관한 광고비용을 지출할 수 있도록 한 연방선거법이 표현의 자유를 침해하는지 여부가 쟁점인 사안이다. 이 사건에서 6인의 대법관은 합헌의 결론에, 3인의 대법관은 위헌의 결론에 이르렀다.³²¹⁾ 대법관들의 의견 대립은 최소피해성에 있어 deference 부여 정도의 차이가 결정적이었다. 이하에서는 판결문의 순서에 따라 deference 관련 판시내용을 살펴본다.

(나) 3인의 위헌의견: McLachlin 대법원장, Major 대법관 공동 집필

3인의 위헌의견은 ‘선례에 따르면 정치적 표현의 자유는 표현의 자유 중에 단연 가장 중요하게 보호되는데, 이 사건 심판대상조항은 이를 제한하므로 그 제한의 정도가 심각하다’는 판단으로 *Oakes* 심사를 시작한다.³²²⁾ 위헌의견은 이를 이유로 심판대상조항에 의한 표현의 자유 제한은 분명하고 설득력 있는 증거에 의해 뒷받침되어야 한다고 판단한다.³²³⁾

3인의 위헌의견은 *RJR-MacDonald* 판결의 제160단락을 인용하여, “침해는 ‘최소한’이어야만 한다. 즉 법률은 권리를 필요 이상으로 제한하지 않을 정도로 신중하게 재단되어야만 한다”고 설시하면서 최소피해성 판단을 시작한다.³²⁴⁾ 이어 위헌의견은 해악 발생의 가능성과 정치적 표현의 자유 제한의 심각성 사이에 불균형이 있으므로 심판대상조항은 최소피해성에 위반된다는 결론에 이른다.³²⁵⁾ 위헌의견은 최소피해성 판단 말미에 이 사건의 경우 deference의 부여 정도가 높아서는 안 된다는 취지로 다음과 같이 설시한다.

“법제정에서 이루어지는 재단 작업(tailoring process)은 완벽함을 요구하는 때가 드물다”(RJR-MacDonald, para. 160)는 점 및 의회에 대해 ‘어느 정

320) [2004] 1 S.C.R. 827.

321) 합헌의견: Iacobucci 대법관, Basarache 대법관, Arbour 대법관, LeBel 대법관, Deschamps 대법관, Fish 대법관. 위헌의견: McLachlin 대법원장, Major 대법관, Binnie 대법관.

322) [2004] 1 S.C.R. 827, paras. 11-20.

323) *Ibid.*, para. 21.

324) *Ibid.*, para. 32.

325) *Ibid.*, paras. 33-38.

도의 deference(a healthy measure of deference)'를 부여해야 한다는 점을 인정한다 하더라도, 이 사건에서 효과적인 선거 관련 광고를 통한 시민들 간의 의사소통을 사실상 금지함으로써 불평등, 대중을 상대로 한 거짓 정보의 전달, 의사전달체계에 대한 대중의 불신이라는 가상의 해악을 막아야 할 필요가 있다는 점을 인정할 만한 아무런 증거가 없다.³²⁶⁾

(다) 6인의 합헌의견: Basatarache 대법관 집필

1) 이 사건에서의 deference 부여 정도의 결정

6인의 합헌의견은 심판대상조항의 구체적 맥락이 캐나다권리자유헌장 제1조의 정당화 여부 판단에 있어 입법부에게 요구되는 증거의 종류를 결정하고, 캐나다권리자유헌장 제1조의 분석 전반에도 영향을 미치므로 이에 대해 먼저 검토한다고 실시한다.³²⁷⁾ 이를 전제로, 이 사건의 '구체적 맥락에 관한 요소들(Contextual Factors)'을 '해악의 속성과 그 측정 불가능성(The Nature of the Harm and the Inability to Measure It)', '집단의 취약성(Vulnerability of the Group)', '해악에 대한 주관적인 공포와 인식(Subjective Fears and Apprehension of Harm)', '제한되는 행위의 속성: 정치적 표현(The Nature of the Infringed Activity: Political Expression)'이라는 목차 아래 차례로 검토한다.

먼저 6인의 합헌의견은 이 사건의 경우 해악의 속성과 그에 대한 입법부의 해결책의 효과를 과학적으로 측정하기는 어렵다고 본다.³²⁸⁾ 또한 선거인 일반을 조종하려는 제3자 광고를 상정할 경우 심판대상조항이 보호하려는 선거인 일반은 취약성이 있으나, 심판대상조항이 보호하려는 정당과 후보자는 취약한 집단으로 보기는 어렵다고 판단한다.³²⁹⁾ 합헌의견은 다수의 여론조사에 따르면 캐나다 시민들은 제3자의 선거광고비 지출 제한이 선거의 공정성을 증진시키는 효과적인 수단이라고 생각하므로 해악에 대한 주관적인 인식은 인정된다고 본다.³³⁰⁾ 나아가 합헌의견은 제3자 선거광고의 경우 캐나다권리자유헌장에 의해 보호되는 표현의 자유 중 핵심적인 정치적 표현의 자유에 해당되고 높은

326) *Ibid.*, para. 39.

327) *Ibid.*, para. 76.

328) *Ibid.*, para. 79.

329) *Ibid.*, paras. 80, 81.

330) *Ibid.*, para. 83.

수준의 헌법적 보호를 받는다고 인정한다.³³¹⁾ 또한 합헌의견은 제3자의 선거 광고가 투표권자들을 조종하기 위한 것이라는 증거는 없지만, 그러할 위험이 있으므로 입법부에 대해 어느 정도의 deference가 보장된다고 판단한다.³³²⁾ 6인의 합헌의견은 이어 다음과 같이 실시한다.

제3자 선거광고의 제한에 관해 후보자, 정당, 제3자, 투표권자 사이의 균형을 달성하기는 틀림없이 어려운 일이다. 캐나다의 선거 제도를 선택하고, 이를 실현함에 있어 필요한 세부사항을 결정할 수 있는 입법부의 권한에 비추어 볼 때, 사법부는 캐나다권리자유헌장 제1조의 정당화 여부 판단에 있어 deference를 부여해야만 한다. 하급심 법원들의 판결은 이 점에 오류가 있다. 결국 기간이나 비용 상황을 포함하여 선거의 많은 부분을 규율하는 선거제도는 정치적인 선택의 반영이므로, 그 세부적인 사항은 사법부보다 입법부의 몫으로 남겨두는 것이 더 낫다.³³³⁾

2) 최소피해성 단계에 있어 deference

6인의 합헌 의견은 이와 같이 이 사건의 구체적인 맥락을 검토한 결과 이 사건에서는 입법부에 대해 deference를 부여하는 것이 타당하다고 결론 내리고 나서,³³⁴⁾ *Oakes* 심사를 본격적으로 시작한다. 6인의 합헌의견은 최소피해성 판단 부분에서 입법자에게 어느 정도의 재량을 부여해야 하므로 심판대상 조항이 합리적인 범위에 들어오는 수단이기만 하면 최소피해성이 만족된다는 한다는 *RJR-MacDonald* 판결을 인용한 다음,³³⁵⁾ deference에 관해 다음과 같이 실시한다.

사건의 구체적 맥락(contextual factors)이 입법 목적 달성을 위해 입법부가 선택한 특정 수단에 대해 부여되는 deference의 정도를 결정한다. 이 사건의 구체적 맥락을 고려하면, 사법부는 정치적 표현의 자유와 선거과정

331) *Ibid.*, para. 84.

332) *Ibid.*, para. 85. 그 다음 단락에는 “표현의 자유라는 민주적 가치와 국민투표의 공정성 사이의 균형을 달성할 수 있도록 입법부에 대해서는 어느 정도의 deference가 부여되어야 한다”는 *Libman v. Quebec(Attorney General)* [1997] 3 S.C.R. 569, para. 16. 부분의 판시가 인용된다.

333) *Ibid.*, para. 87.

334) *Ibid.*, para. 88.

335) *Ibid.*, para. 110. 인용하는 부분은 *RJR-MacDonald* 판결{[1995] 3 S.C.R. 199}의 para. 160이다.

에의 의미 있는 참여 사이의 균형점을 찾기 위한 입법부의 조치에 대해 deference를 부여해야만 한다.³³⁶⁾

6인의 합헌의견은 심판대상조항은 선거운동기간 동안에만 제3자 선거광고를 금지한다는 점, 정당과 후보자에 관한 선거광고만을 금지하는 점, 텔레비전, 신문, 라디오와 같이 비용이 많이 드는 선거광고만을 금지하는 점 등을 들어 심판대상조항에 의해 시민들이 효과적으로 의사소통을 할 수 없게 되었다는 3인의 위헌의견을 반박하고 심판대상조항이 최소피해성에 부합한다는 결론에 이른다.³³⁷⁾

(3) *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.* 판결

(가) 사안의 개요

Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp. 판결은(이하 ‘*JTI-Macdonald* 판결’이라 한다)³³⁸⁾ 1995년에 캐나다 연방대법원이 *RJR-MacDonald* 판결을³³⁹⁾ 통해 담배의 광고와 소비를 촉진하는 행위들을 광범위하게 금지하는 법률을 위헌이라고 결론내린 후, 그에 따라 개정된 법률의 위헌 여부가 다시 문제된 사안이다. 개정법률은 젊은 층을 공략하는 광고 등 일부 광고를 여전히 금지하는 내용이었고, 그러한 내용의 개정법률이 표현의 자유를 침해하는지 여부가 쟁점이었다. 관여 대법관 전원 일치로 합헌의 결론이 내려졌다.³⁴⁰⁾ 이하에서는 이 판결 중 deference에 관한 부분을 구체적으로 살펴본다.

(나) deference 관련 판결 내용

캐나다 연방대법원은 먼저 합리적 관련성 판단에 있어 deference 부여에 관해 다음과 같이 판시한다.

합리적 관련성 요건이 충족되었는지 여부를 판단함에 있어 deference를 부여하는 것이 적절할 것이다. 담배소비와 같은 복잡한 사회문제에 대한 효과

336) *Ibid.*, para. 111.

337) *Ibid.*, paras. 112-118.

338) [2007] 2 S.C.R. 610.

339) [1995] 3 S.C.R. 199.

340) 관여 대법관: McLachlin 대법원장, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein 대법관.

적인 해답이란 간단하거나 분명하지는 않을 것이다. 어떠한 수단이 효과를 발휘할 것인지에 대해서는 논의의 여지가 있을 것이고, 그 결과 역시 과학적으로 측정가능하지는 않을 것이다. 이러한 사안의 경우에는 어떠한 수단을 택할 것인지에 관한 의회의 결정에 대해 상당한 수준의 deference를 부여하여야 한다.³⁴¹⁾

이어 최소피해성 판단에 있어 deference에 관해 다음과 같이 실시한다.

의회가 복잡한 사회문제를 다루는 경우에는 이 단계에서도 어느 정도의 deference를 부여하는 것이 적절할 것이다. 특정한 문제에 접근하는 많은 방법이 있을 것이고, 어떤 것이 가장 효과적인지는 분명하지 않다. 법정의 고요함 속에서 법원은 아마도 의회가 택한 해결책보다 권리를 덜 제한하는 방법을 상상해 낼 수 있을지도 모른다. 그러나 그러한 입법대안이 의회가 채택한 방법과 비교하여 합리적으로 효과적인지(reasonably effective)를 반드시 물어야 한다. (중략) 이러한 이유에서 이 법원은 복잡한 사회문제에 관해서는 의회가 여러 합리적인 입법대안 중 하나를 선택했다면, 최소피해성 원칙을 충족한다고 판시해왔다.³⁴²⁾

(4) *Hutterian Brethren* 판결

(가) 사안의 개요

앞서 살펴본 바와 같이 이 판결은³⁴³⁾ 운전면허증 발급시에 증명사진 제출을 강제하는 법률이 위상승배 금지의 교리에 따라 사진을 찍지 않는 청구인들의 종교의 자유를 제한하는지가 쟁점인 사안이다. 캐나다 연방대법원은 합헌의견 4인, 위헌의견 3인으로 합헌의 결론에 이르렀다. 이하에서는 deference를 본격적으로 다룬 4인의 합헌의견과, LeBel 대법관과 Fish 대법관의 2인의 위헌의견 중 해당 부분을 차례로 검토한다.

(나) 4인의 합헌의견: McLachlin 대법원장 집필

합헌의견은 *Oakes* 심사를 다음과 같이 시작한다.

이 법원은 사회적, 경제적 관계를 규율하는 공공 프로그램에 의한 권리 제

341) [2007] 2 S.C.R. 610, para. 41.

342) [2007] 2 S.C.R. 610, para. 43.

343) *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* [2009] 2 S.C.R. 567.

한이 캐나다권리자유헌장 제1조에 의해 정당화되는지 여부를 판단함에 있어서 정부에 대하여 일정한 재량이 부여되어야만 한다고 인정해 왔다. (중략) 공공 정책에 관한 어려운 선택을 하는 일차적 책임은 선출된 입법부 및 입법부가 그 정책을 집행하도록 한 기관들에게 부여된다.³⁴⁴⁾

위 합헌의견은 이어 *Oakes* 심사의 하위 원칙에 관하여 본격적인 심사를 하기 전에 이 사건에 부여하기에 적절한 deference에 관하여 다음과 같이 판단한다.

심판대상조항이 피고인의 자유를 직접 제한하는 형법조항일 때보다는 사회 문제에 대처하기 위한 복잡한 규제적 조치로서의 법률조항인 경우에, 법원은 캐나다권리자유헌장 제1조 위반 여부의 심사 전반에 걸쳐 좀 더 많은 deference를 부여하는 태도를 취한다. Alberta 주가 2003년에 종교적 이유에 의한 예외를 중단하기로 결정한 데에서 알 수 있듯이, 공동체에 가해지는 비용의 측면에서 볼 때 신원도용은 사진이 첨부된 운전면허증이 도입된 1974년 이래 전형적으로 증가한 사회문제임이 인정된다. 사법부가 설정하는 합헌성의 기준은 의회가 어려운 사안을 해결할 수 있는 책임감 있고 창의적인 방안을 도입하는 것을 위협할 정도로 높이 설정되어서는 결코 안 된다. 따라서 어느 정도의 deference를 부여하는 것이 적절하다.³⁴⁵⁾

Oakes 심사의 본격적인 하위 원칙 심사 단계에서 deference에 관한 설시는 최소피해성 심사의 시작 부분에서 아래와 같이 등장한다.

입법목적을 달성하는 덜 침해적인 수단이 있는지를 판단함에 있어, 특히 입법부가 다양한 입법대안들 중 어느 것을 선택할지에 관해 사법부보다 더 나은 위치에 있을 영역인 복잡한 사회문제에 관해서, 사법부는 입법부에 대해 어느 정도의 deference를 부여한다.³⁴⁶⁾

이어 합헌의견은 다음과 같이 deference의 한계를 정한다.

입법목적이 덜 제한적인 수단에 의해 달성될 수 있는지를 판단함에 있어

344) *Ibid.*, para. 35.

345) *Ibid.*, para. 37. 이러한 법리는 *Carter v. Canada(Attorney General)* [2015] 1 S.C.R. 331, para. 97, *R. v. Safarzadeh-Markhali* [2016] 1 S.C.R. 180, para. 57에서 반복하여 인용되었다.

346) *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, para. 53.

사법부는 입법대안이 심판대상조항과 완전히 똑같이 입법목적을 달성하여야만 할 것을 요구할 필요는 없다. (중략) 정부가 입법목적을 달성하기 위한 수단을 강구함에 있어 deference를 부여받을 자격이 있지만, 그 deference는 맹목적이거나 절대적인 것이 아니다. 최소피해성 단계는 입법 목적을 현실적이고도 실질적으로 달성하면서도 헌장상 권리를 덜 제한하는 입법대안이 있는지를 심사하는 것이다.³⁴⁷⁾

만약 입법대안에 대해 심판대상조항과 완전히 똑같은 정도로 입법목적을 달성하도록 요구한다면, 이를 만족시키는 입법대안을 상정하는 것은 거의 불가능한 경우가 많을 것이다. 그 결과 심판대상조항은 대개의 경우 최소피해성을 손쉽게 만족시킬 수 있게 된다. 합헌의견은 이 사건에서 최소피해성 적용에 있어 deference를 부여하여야 한다는 입장에 서 있다. 하지만, 합헌의견은 최소피해성 적용에 있어 입법대안에 대해 심판대상조항과 완전히 똑같은 정도로 입법 목적을 달성할 것을 요구할 정도의 deference는 맹목적인 것이므로 그 정도로 높은 수준의 deference를 인정하여서는 안 된다고 함으로써 deference의 한계를 설정한다.

(다) LeBel 대법관, Fish 대법관의 위헌의견: LeBel 대법관 집필

2인의 위헌의견은 *Oakes* 심사를 시작하기 전에 종교의 자유를 과소평가 하면 안 된다고 설시한다.³⁴⁸⁾ 그런 다음 *Oakes* 심사의 하위 위헌심사척도를 차례로 검토하기에 앞서 *Oakes* 심사의 deference에 관해 다음과 같이 설시한다.

이 법원은 *Oakes* 심사척도를 적용함에 있어서 사법부가 부여하는 deference의 정도를 정하기 위해 *Oakes* 심사의 시작 단계에서 구체적 맥락(context)을 고려하여야만 한다고 판시해왔다. 잊혀서는 안 될 구체적 맥락 중 하나는 바로 이것이다: 헌법 자체의 구체적 맥락. 캐나다권리자유헌장은 권리를 확인하고 보장하기 위해 고안된 것이다. 캐나다권리자유헌장 제1조에 따른 정당화 절차는 어떤 경우라도 헌장상 권리를 비껴갈 수 있도록 고안된 것이 아니다. 이는 오히려 헌장상 권리를 다른 정당한 이익이나 다른 헌장상 권리와와의 관계에서 정의하고 조정하기 위한 것이다.³⁴⁹⁾

347) *Ibid.*, para. 55.

348) *Ibid.*, para. 182.

이어 LeBel 대법관은 최소피해성과 효과의 비례성을 엄격히 구별하여서는 안 된다는 입장을 분명히 한 후, 결론적으로 입법대안에 관해 다음과 같이 판단한다.

신원도용을 최소화한다는 Alberta 주의 입법목적에 일정한 제한을 가하는 것은 신원도용에 관한 Alberta 주민들의 안전에 대한 부적절한 타협이 아니다. 이러한 입법대안은 합리적이고 합헌적인 입법대안의 범위에 들어올 것이다.³⁵⁰⁾

즉, LeBel 대법관은 deference의 정도에 관한 논의를 최소피해성에서 이루어지는 입법대안에 관한 평가에 관한 논의와 결합시켜서 최소피해성 단계에서 입법대안은 심판대상조항만큼 입법 목적을 달성하지 않아도 되는 것으로 본다. 이와 같이 LeBel 대법관은 deference를 최소피해성의 의미 자체를 변형시킬 수 있는 근거로 사용한다. 이러한 견해는 앞서 살펴본 4인의 합헌의견이 최소피해성의 내용은 ‘입법대안이 심판대상조항만큼 입법 목적을 달성하고 헌장상 권리 제한의 정도는 더 적어야 한다’는 것으로 이미 정해져 있음을 전제로 하여 이를 얼마나 엄격하게 적용할지만을 *Oakes* 심사제에 있어 deference로 본 것과 대조적이다.

(5) *K.R.J.* 판결

(가) 사안의 개요

K.R.J. 판결은³⁵¹⁾ 앞서 살펴본 바와 같이 16세 미만의 사람을 대상으로 성범죄를 저지른 사람에 대해 16세 미만의 사람에 대한 접촉 금지의무를 소급적으로 부과하는 심판대상조항과 인터넷 사용 금지의무를 소급적으로 부과하는 심판대상조항이 캐나다권리자유헌장 제11조 제(i)항에 보장된 소급처벌을 받지 않을 권리를 침해하는지 여부이다. 심판대상조항들 중 전자에 대해서는 합헌의 결론이, 후자에 대해서는 위헌의 결론이 내려졌다. 이 판결에서는 deference 부여에 관하여 관여 대법관들의 의견이 대립되었다. 이하에서 차례로 살펴본다.

349) *Ibid.*, para. 187.

350) *Ibid.*, para. 201. 다만, LeBel 대법관은 구체적인 입법대안을 제시하지는 않는다.

351) [2016] 1 S.C.R. 906.

(나) deference 관련 판결 내용

캐나다 연방대법원은 *Oakes* 심사의 제2단계 판단을 시작하기에 앞서, 의사의 조력에 의한 안락사에 관한 *Carter* 판결의 제97단락을 인용하면서 제2단계 판단에는 deference가 요구된다고 판시하였다.³⁵²⁾ 그런 다음 제2-2단계 판단(최소피해성) 부분에서 장래효만을 두는 입법대안이 심판대상조항만큼 입법목적 달성을 하는지 여부 판단에 있어 deference를 부여할 필요가 있다고 실시하고, 나아가 심판대상조항들 모두 최소피해성에 위반되지 않는다고 결론 내린다.³⁵³⁾ 이어, 효과의 비례성 심사를 시작할 때에도 의회의 수단 선택과 충분한 입법목적 달성에 관하여 적절한 deference를 부여하는 것이 허용된다고 판시하였다.³⁵⁴⁾ 다만, 효과의 비례성 심사의 결론이 심판대상조항별로 나뉜 것은 앞서 살펴본 바와 같다.

한편, *Abella* 대법관은 제11조 제(i)항의 문언이 명확하므로³⁵⁵⁾ deference를 부여하여서는 안 된다고 아래와 같이 판시하였다.

이 조항의 문언은 해석의 여지없이 명확하다. (중략) 내 생각에는, 캐나다권리자유헌장 제11조의 기초자들에 의해 사용된 절대론적인 용어는 이에 관해 헌장 제1조 위반 여부 심사를 함에 있어 반드시 최고로 엄격한 정당화 근거를 요구하도록 강제한다. (중략) 이 사건에서 정부는 가능한 최고의 입증책임을 진다. 즉 정부는 소급효 규정이 도입되기 전의 규정들이 너무나 “심각하게” 정부의 목적을 “잠식하여” 가중적인 불이익 조치에 의한 소급 적용이 필요하다는 것을 “설득력이 큰 증거(compelling evidence)”를 통해 입증해야 한다.³⁵⁶⁾

352) *Ibid.*, para. 67. 인용되는 부분은 다음과 같다. “이 단계의 분석에 있어 법원은 의회에 어느 정도의 deference를 부여해야만 한다. 비례성은 완벽을 요구하는 것이 아니다. 캐나다권리자유헌장은 제한이 “합리적”일 것을 요구할 뿐이다.”

353) *Ibid.*, para. 75.

354) *Ibid.*, para. 79.

355) 11. 기소된 사람은 누구든지 다음과 같은 권리가 있다.

(h) 어떠한 범행에 관해 무죄판결을 받았다면 그 범행에 관해 다시 재판받지 않을 권리, 어떠한 범행에 관해 유죄판결을 받아 처벌받았다면 다시 재판받거나 처벌받지 않을 권리

(i) 범행시와 판결시 사이에 유무죄나 형량이 달라졌다면, 더 가벼운 처벌을 받을 권리

356) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *R. v. K.R.J.* [2016] 1 S.C.R. 906, paras. 123, 124, 126.

나. 높은 정도의 deference를 지지하는 대법관이 소수인 판결들

(1) *R. v. Laba* 판결

(가) 사안의 개요

R. v. Laba 판결은(이하 '*Laba* 판결'이라 한다)³⁵⁷⁾ 자신이 정당한 법적 소유자이거나 대리권자이거나 매매에 관해 적법한 권한이 있음을 입증하지 못하면, 귀금속을 매매행위를 장물에 관한 죄로 처벌할 수 있도록 하는 심판대상조항이 캐나다권리자유헌장에 보장된 무죄추정권을 침해하는지 여부가 쟁점인 사안이다. 캐나다 연방대법원은 관여 대법관 전원 일치의 의견으로 최소피해성 위반으로 위헌이라는 결론에 이르렀다.³⁵⁸⁾ 이하에서는 이 판결 중 deference에 관한 판시를 살펴본다.

(나) deference 관련 판결 내용

캐나다 연방대법원은 *Oakes* 심사의 제2-2단계 판단인 최소피해성 판단을 시작하면서 다음과 같이 deference에 관해 실시한다.

입법부는 주어진 입법목적을 달성하는 수단을 선택함에 있어 어느 정도의 deference를 부여받을 자격이 있다. (중략) 그러나 이 사건은 입법자가 대립하는 개인이나 집단의 이해관계를 조정하는 사안이 아니라는 사실 역시 중요하다. 오히려, 이 사건에서 정부는(개인이나 단체에 대항하여) 우리의 형사사법체계에서 근본적으로 보장하고 있는 법적 권리를 주장하고자 하는 개인과 일대일의 적대적인 관계에 놓인다. *Irwin Toy* 판결의 다수의견이 밝힌 바와 같이, 이러한 경우에 사법부는, 특히 문제되는 헌장상 권리의 본질적인 법적인 성격과 그러한 문제를 다루어 온 법원의 축적된 전문성의 관점에서 볼 때, 입법목적을 달성하기 위한 가장 덜 침해적인 수단이 선택되었는지를 평가함에 있어 입법부만큼이나 적절한 위치에 있다.³⁵⁹⁾

이와 같은 deference 법리를 전제로 하여, 심판대상조항과 같이 피고인에게 피고인이 귀금속 거래에 관해 정당한 법적 권한이 있음을 입증하도록 하는 대

357) [1994] 3 S.C.R. 965.

358) 관여 대법관: Lamer 대법원장, La Forest 대법관, L'Heureux-Dubé 대법관, Sopinka 대법관, Gonthier 대법관, Cory 대법관, McLachlin 대법관, Iacobucci 대법관, Major 대법관.

359) [1994] 3 S.C.R. 965, 1009.

신 피고인으로 하여금 피고인에게 귀금속 거래의 법적 권한이 있다는 합리적 의심을 불러일으킬 수 있는 정도의 입증만 하도록 하는 입법대안이 있으므로, 심판대상조항은 피해의 최소성 위반이라는 결론에 이른다.³⁶⁰⁾

(2) *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)* 판결

(가) 사건의 개요

RJR-MacDonald 판결은³⁶¹⁾ 담배 광고를 금지하고, 각종 행사의 후원자 표시에 있어 담배 회사 이름 외에 담배의 상표명 사용을 금지하며, 담배의 무상 제공을 금지하고, 담배 외의 물건의 광고에 담배 상표의 사용을 금지하며, 담배 포장에 건강에 유해하다는 경고 문구를 임상실험결과와 같은 출전 표기 없이 표시하고 담배에 함유된 유해성분 목록도 표시할 의무를 부과한 다음, 이에 위반할 경우 벌금형 또는 징역형(병과 가능)에 처하도록 한 법률조항이 담배 회사의 표현의 자유를 침해하는지가 쟁점인 사안이다. 심판대상조항은 위헌으로 선언되었는데, 이는 이러한 사안에 대해 주의회가 아니라 연방의회에 입법권이 있는지 여부와 심판대상조항이 *Oakes* 심사척도에 위반하여 표현의 자유를 침해하는지 여부의 두 가지 쟁점에 대한 심리 결과 최종결론이 위헌 5인, 합헌 4인으로³⁶²⁾ 나뉜 결과이다. 두 번째 쟁점에 대해 의견이 나뉜 이유는 deference의 부여 정도에 관한 의견 불일치가 주된 원인이었다. La Forest 대법관이 집필한 4인의 합헌의견과³⁶³⁾ 위헌의견 중 McLachlin이 집필한 3인의 위헌의견에서³⁶⁴⁾ deference에 관한 쟁점이 본격적으로 다루어진다. 이하에서 차례로 살펴보기로 한다.

360) *Ibid.*, pp. 1009, 1010.

361) *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)* [1995] 3 S.C.R. 199.

362) 위헌의견: Lamer 대법원장, Sopinka 대법관, McLachlin 대법관, Iacobucci 대법관, Major 대법관. 합헌의견: La Forest 대법관, L'Heureux-Dubé 대법관, Gonthier 대법관, Cory 대법관.

363) 이 의견에는 L'Heureux-Dubé 대법관, Gonthier 대법관, Cory 대법관이 견해를 같이 하였다.

364) 이 부분 *Oakes* 심사 논증에 대해서는 Sopinka 대법관과 Major 대법관도 같은 의견이다. 다만, 위 두 대법관은 심판대상조항이 연방의 권한을 일탈했는지 여부에 대하여 McLachlin 대법관과 다른 의견이기 때문에 별개의견을 냈다. 또한 위헌의견인 Iacobucci 대법관도 별개의견을 냈는데, 그 이유는 *Oakes* 심사에 있어 심판대상조항 전부가 합리적 관련성은 통과한다는 등 세 부적인 논거를 McLachlin 대법관과 달리하는 것과 위헌판결의 효력을 1년간 유예해야 한다는 점에 있다. Iacobucci 대법관의 의견에는 deference에 대한 자세한 언급이 없으나, 정부가 입증 책임을 다하지 못하여 최소피해성 위반이라는 결론에 이르는 점에 비추어 보면, McLachlin 대법관과 같이 이 사안은 높은 수준의 deference 부여가 적절하지 않은 사안이라는 판단을 전제로 하는 것으로 평가할 수 있다. Lamer 대법원장은 Iacobucci 대법관과 의견을 같이 하였다.

(나) 4인의 합헌의견: La Forest 대법관 집필

1) *Oakes* 심사의 속성과 deference 부여의 필요성

합헌의견은 *Oakes* 판결에서 제시된 단계적 과잉금지원칙심사가 헌장 제1조의 규정과 동의어일 수 없음을 강조하는 것에서 시작한다.

Oakes 판결에서 제시한 가이드라인은 헌장 제1조를 대체할 수 없다. 헌장 제1조는 개인의 권리와 공동체의 필요 사이의 균형을 요구하는데, 그러한 균형은 어떠한 상황에 대해서도 동일하게 적용 가능한 형식적인 “심사에만 (test)” 의지하는 추상적인 방식으로서는 달성할 수 없다.³⁶⁵⁾

이러한 견해는 헌장 제1조 위반 심사는 *Oakes* 심사척도의 기계적 적용이 아니라는 점을 강조한다. 4인의 합헌의견은 헌장 제1조의 “합리적인 (reasonable)”이라는 표현이 그러한 유연성과 필연적으로 연결된다고 해석한다. 합헌의견은 헌장 제1조의 성격에 대한 판단과 해석론, 그리고 선례를 근거로 하여 *Oakes* 심사를 ‘기계적으로 적용(mechanistic approach)’하기보다는 개별 사건마다의 구체적인 사실적, 사회적 맥락을 고려하여 유연하게 적용할 필요가 있고, 그러한 맥락에서 입증의 정도 역시 심판대상조항이 달성하려는 입법 목적의 본질 및 침해된 헌장상 권리의 속성을 고려해야 한다고 결론 내린다.³⁶⁶⁾

2) 이 사건에서의 구체적인 deference 부여 정도

합헌의견은 다음과 같은 이유를 들어 이 사건에서 *Oakes* 심사를 엄격하게 적용해서는 안 된다고 주장한다.

심판대상조항은 담배에의 유혹을 줄이고, 흡연에 따르는 건강상의 위험을 교육함으로써 대중의 건강을 보호하려는 목적에서 만들어진 것이다.³⁶⁷⁾ (중략) 담배가 건강에 미치는 영향에 관한 우리의 이해의 정도와 담배 소비의 원인이 무엇인지에 관한 우리의 이해의 정도 사이에는 중대한 차이가 있다. 이러한 차이는 헌장 제1조 위반 심사에 있어서 반드시 고려되어야 할 근본

365) [1995] 3 S.C.R. 199, para. 62. 입법 목적과 헌장상 권리의 본질을 포함한 사건의 구체적인 맥락에 따라 과잉금지원칙을 유연하게 적용해야 한다는 La Forest 대법관의 의견은 이후 *Ross v. School District No. 15* [1996] 1 S.C.R. 825, 872에서는 법정의견으로 실시되었다.

366) [1995] 3 S.C.R. 199, para. 63.

367) [1995] 3 S.C.R. 199, para. 65.

적인 쟁점인 헌법기관 사이의 권한 문제를(fundamental institutional problem) 야기한다. 이러한 상황에서 과잉금지원칙을 엄격하게 적용하여 사회적으로 간절한 해결의 필요성이 있는 상황의 근본적인 원인이 무엇인지에 관하여 결정적인 과학적 증거를 요구한다면 의회에 대해 감당할 수 없는 부담을 지우게 된다. 이는 사회-경제적 영역에서 정부의 기능을 사실상 마비시키는 효과를 가져올 수 있다.³⁶⁸⁾

합헌의견은 이어 사법부는 자유의 보장과 법률해석에 있어 전문가이므로 형사법에 대해서는 엄격한 심사를 하기에 적절한 위치에 있으나, 정책결정의 전문가가 아니고, 그래서 안 된다고 설시한 다음,³⁶⁹⁾ 심판대상조항의 입법목적은 본질적으로 청소년이나 교육수준이 낮은 취약 집단을 보호하기 위한 것이므로 앞서 살펴본 *Irwin Toy* 판결에서 제시된 deference 부여 기준에 따르면 높은 수준의 deference를 부여해야 할 사안이라고 판단한다.³⁷⁰⁾ 또한 합헌의견은 담배로 인한 해악과 담배 광고의 이면에 있는 이윤추구라는 동기에 비추어 보면 청구인이 주장하는 표현의 자유는 표현의 자유의 '중핵(core)'으로부터는 멀리 떨어져 있기 때문에 낮은 수준의 헌법적 보호가 부여될 뿐인 점을 고려해야 한다고 본다.³⁷¹⁾ 이러한 사정을 종합하여 합헌의견은 이 사건에서는 완화된 수준의 헌장 제1조상 정당화만 요구하는 것이 타당하므로, 입증의 정도 역시 의회가 이러한 입법을 한 데에 '합리적인 근거(rational basis)'가 있는지만을 살펴보는 것으로 충분하다고 결론내린다.³⁷²⁾

3) *Oakes* 심사의 각 하위 원칙과 deference

위와 같은 관점에서, 합헌의견은 2-1단계 심사(합리적 관련성) 역시 입법목적과 입법수단 사이에 합리적인 연결고리가 있다고 '믿을 만한 합리적인 근거'가 있는지 (reasonable basis for believing)'를 살펴본다고 판시한다.³⁷³⁾ 나아가 합헌의견은 담배 광고가 담배 소비를 촉진한다는 결정적인 연구결과는 없지만, 둘 사이에 관련성이 없다면 담배 회사들이 7,500만 캐나다 달러 이상을

368)“(중략)” 표시를 기준으로 순차로, [1995] 3 S.C.R. 199, paras. 65, 67.

369) *Ibid.*, para. 68. 이 부분 판시는 *Libman v. Quebec(Attorney General)* 사건에서 법정의견으로 수용되었다([1997] 3 S.C.R. 569, para. 59).

370) [1995] 3 S.C.R. 199, paras. 69-70.

371) *Ibid.*, para. 75.

372) *Ibid.*, para. 77.

373) *Ibid.*, para. 82.

매년 광고비에 사용할 이유가 없는 점 등을 고려하면 담배 소비 감소라는 입법 목적은 담배 광고 금지라는 수단과 논리적으로 연결된다는 ‘상식적 분석(common sense analysis)’ 가능하고, 이는 합리적 관련성 충족의 결론에 이르기엔 충분하다고 판단한다.³⁷⁴⁾ 이러한 상식적 분석에 더하여 합헌의견은 담배회사의 내부 자료에 따르면 흡연자의 수를 유지하기 위해서는 젊은이들과 비흡연자에게 담배가 매력적으로 보이도록 해야 함을 회사 측에서 인식하고 있었음을 인정할 수 있는데, 이것 역시 합리적 관련성 인정의 근거가 된다고 본다.³⁷⁵⁾

합헌의견은 제2-2단계(최소피해성) 심사에서도 deference를 부여해야 한다고 아래와 같이 판시한다.

최소피해성은 정부에 대하여 가능한 한 가장 덜 침해적인 수단을 택해야 할 의무를 부과하는 것이 아니다. 오히려 최소피해성은 정부로 하여금 자신이 채택한 수단이 입법 목적과 제한되는 권리에 비추어 볼 때 가장 덜 침해적인 수단임을 설명할(demonstrate) 것을 요구할 뿐이다.³⁷⁶⁾

합헌의견은 위와 같이 deference를 부여하는 것을 전제로 하여 담배가 유해한 물질인 이상 유해한 물질을 팔 권리라는 것은 인정할 수 없는 점, 의회가 20년 이상 담배에 대해 각종 규제를 해 온 결과 심판대상조항과 같은 수단을 채택한 점, 다른 나라에서도 심판대상조항과 유사한 규제를 하고 있는 점, 어떠한 종류의 담배 광고든 담배 소비를 증진시킨다는 것이 20년 동안의 경험을 토대로 설득력 있게 설명된 이상 담배 광고의 부분 금지가 심판대상조항만큼 입법목적 달성을 할 수 있다고 보는 것은 매우 인위적인 점, 담배소비는 다양한 공적 기관이 다양한 형태로 개입하여야 하는 다차원적 사안이므로 *Edwards Books* 사건이나 *Irwin Toy* 사건처럼 법원이 입법자의 판단을 대체하기에 적당하지 않은 점, 담배광고는 본질적으로 위험한 물질에 대한 광고이므로 부분 금지가 최소 침해적인 대안이 될 수 없는 점 등을 종합하여 심판대상조항은 최소피해성을 만족시킨다고 판단한다.³⁷⁷⁾

이어 합헌의견은 2-3단계 심사(효과의 비례성)에서는 deference에 대하여

374) *Ibid.*, para. 85.

375) *Ibid.*, para. 88.

376) *Ibid.*, para. 96.

377) *Ibid.*, paras. 97-111.

언급하지 않은 채 앞서 살펴 본 심판대상조항과 제한되는 헌장상 권리의 본질에 비추어 보면 제한되는 권리가 입법목적을 능가한다고 보기 어렵다고 간단히 설시한다.

(다) 3인의 위헌의견: McLachlin 대법관 집필³⁷⁸⁾

1) *Oakes* 심사의 속성과 deference 부여의 필요성

위헌의견은 먼저, 합헌의견이 언급한 *Oakes* 심사의 기계적 적용의 위험에 대해 다음과 같이 설시한다.

헌장 제1조를 기계적으로 적용하는 것은 피해야 하지만, *Oakes* 판결에서 제시한 법리와 헌장 제1조의 문언 사이에는 어떠한 충돌도 없다. *Oakes* 판결의 법리는 헌장 제1조의 문언을 보충하는 역할을 한다. (중략) 헌장 제1조는 헌장상 권리를 제한하는 법률이 “합리적일(reasonable)” 것을 요구하는데, 이는 여론조사상 어느 결론이 선호되는지가 아니라 어떠한 결론이 이성과 합리성에 바탕을 두고 정당화되어야만 함을 뜻한다. 법적 논증에서 이성이란 증거 혹은 확립된 사실로부터의 추론이라는 개념과 직접 연결되어 있다. 모든 사건에 대해 과학적인 증거가 요구되는 것은 아니지만 합리적이고 이성적인 근거가 있어야 한다. (중략) 헌장 제1조는 “명백하게 정당화될 것(demonstrably justified)”을 요구하므로, 헌장 제1조 심사는 단순한 직관도 아니고, 의회의 결정에 대한 존중의 일종도 아니다.³⁷⁹⁾

이러한 반박은 우선 *Oakes* 심사가 가치판단적 요소를 충분히 고려하지 않은 기계적인 심사가 아니라는 점을 강조한다. 나아가 캐나다권리자유헌장 제1조의 문언을 통해 deference 조절의 정당성을 이끌어낸다.

2) 이 사건에서의 구체적인 deference 부여 정도

이어서 위헌의견은 ‘*Oakes* 심사척도를 적용하는 법원의 접근 방법(the approach the courts should use in applying them)’³⁸⁰⁾ 관하여 La Forest 대법관이 합헌의견에서 밝힌 deference 관련 요소들, 즉 ‘구체적 사건의 맥락(context)’, ‘의회에 대한 존중(deference to Parliament)’ 등에 대해 차례로 설명한다.³⁸¹⁾ 먼저 McLachlin 대법관은 구체적 사건의 맥락을 고려하

378) McLachlin은 당시에는 대법관이었다.

379) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras. 126, 127, 128.

380) *Ibid.*, para. 131.

여야 한다는 La Forest 대법관의 의견에 동의한다고 밝히면서 다음과 같이 그 근거를 제시한다.

Oakes 심사를 적용함에 있어서 구체적 사건의 맥락을 고려해야 한다는 것은 *Edmonton Journal v. Alberta* 판결에서³⁸²⁾ Wilson 대법관이 밝힌 바 있고, 나 역시 *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons* 판결에서³⁸³⁾ 밝힌 바 있다. (중략) 입법목적을 식별하고 제한이 과잉한지 여부를 판단함에 있어 구체적 사건의 맥락이 결정적으로 중요하다. 하지만, 이러한 태도가 심판대상조항을 독특한 사회-경제적 현상으로 취급하여 의회를 당해 사안에 대한 최상의 판단자로 간주하는 데에까지 이르러서는 안 된다.³⁸⁴⁾

즉, 위헌의견은 *Oakes* 심사의 적용에 있어 구체적 사건의 맥락을 고려한다는 점에서는 La Forest 대법관과 견해를 같이 한다. 그러나 구체적 맥락을 고려하는 이유는 헌장 제1조 심사가 궁극적으로 구체적 사건의 사실관계와 규범적 정당화를 위해 제시된 증거를 필요로 하기 때문임을 강조한다. 이러한 관점에서 위헌의견은 사건이 사회-경제적 사안에 관한 것이라고 해서 곧바로 의회에 대하여 높은 정도의 deference를 부여해야 하는 것은 아니라고 주장한다. 위헌의견은 이어 의회에 대한 deference의 부여의 정도를 결정함에 있어 구체적 사건의 맥락을 어떻게 반영할 것인지에 대해 다음과 같이 설시한다.

구체적 사건의 맥락은 deference 부여의 정도와도 관련되어 있다. 의회에 대한 deference가 헌장상 권리 제한이 일어난 구체적 사건의 사회적 맥락에(the social context) 따라 달라진다는 것은 확립된 선례이다. 예컨대, 심판대상조항이 서로 다른 집단 사이의 대립하는 권리를 조정하는 경우에 비하여 개인과 국가 사이의 대립에 관한 것인 경우에 더 적은 deference가 부여된다. 그러나 이러한 구별이 언제나 쉬운 것은 아니다. 형사처벌조항은 일반적으로 국가와 피고인 사이의 대립으로 파악되지만, 피고인과 피해자 사이의 이익 조정의 성격도 있다. 이 사건 심판대상조항이 바로 그러한 예이다. 심판대상조항은 국가와 범법자 사이의 대립구도를 전제로 하지만, 이

381) 사실심 법원의 사실 인정에 대한 존중도 이 판결에서 논해지나, 이는 우리나라와 같은 법률의 위헌 여부 심사 체계에 있어서는 별다른 시사점이 없으므로 구체적으로 살펴보지 않는다.

382) [1989] 2 S.C.R. 1326.

383) [1990] 2 S.C.R. 232.

384) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, [1995] 3 S.C.R. 199, para. 132, 134.

안에 포함된 사회적 가치들 때문에 La Forest 대법관의 견해대로 심판대상조항은 통상 높은 수준의 deference가 부여되는 종류의 법률이기도 하다. (중략) 전모를 파악하기 어려운 사회문제에 대해서는 이를 해결하기 위한 입법적 조치를 생각해 내기가 어렵다는 점 역시 deference의 정도에 영향을 줄 수 있다. (중략) 그러나 심판대상조항이 해결하고자 하는 사안이 심각하고 그 해결책을 찾기가 어렵다는 이유만으로 의회의 견해를 그저 받아들이는 수준으로까지 deference를 확대하는 것은 헌법상 사법부에 부여된 역할을 축소하고 우리 헌법과 국가가 담고 서 있는 권리 보장 체계를 약화시킬 것이다.³⁸⁵⁾

결국 위헌의견은 deference 부여의 정도를 정함에 있어 *Irwin Toy* 판결이 제시한 요건은 절대적인 구별기준이 될 수 없음을 강조하고 있다. 따라서 구체적인 사건의 맥락을 고려하여 deference의 정도를 정함에 있어서는 deference에 관한 다양한 요소를 모두 살펴야 한다는 것이고, deference를 부여하되 높은 수준이어서는 안 된다는 취지이다.

3) *Oakes* 심사의 각 하위 원칙과 deference

위헌의견은 *Oakes* 심사 제1단계에 있어서는 광고로 인한 담배 소비를 감소시키고 담배의 해악을 고지함으로써 담배에 관한 건강상의 위험을 감소시키는 것을 입법목적으로 보고 이것은 표현의 자유를 제한할 만큼 충분히 중요하다고 판단한다.³⁸⁶⁾ 이어 제2-1단계 심사에서는 인간의 행동을 일정한 방향으로 조정할 목적을 가진 법률에 있어 당해 법률이 채택한 수단이 그러한 목적과 합리적 연관성이 있는지를 과학적 증거로 입증할 수는 없으나, 적어도 인과관계가 있다고 결론 내리는 것이 합리적 혹은 논리적이라고 할 수는 있어야 한다고 설시한다.³⁸⁷⁾ 이러한 판단기준을 가지고 위헌의견은 담배 상표를 담배 이외의 물건에 사용하는 것을 금지하는 것 이외의 심판대상조항들은 합리적 관련성이 인정된다고 결론 내린다. 담배 이외의 물건에 대한 담배 상표의 사용 금지에 관해서는 정부 측이 민사상 요구되는 입증정도 만큼 합리적 관련성을

385) 두 번째 “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras. 135, 136.

386) *Ibid.*, para. 146. 다만, McLachlin 대법관은 입법목적이 담배의 해악 전반을 해소하려는 것이 아니라 위와 같은 수단을 사용하여 담배로 인한 해악을 감소시키려는 것이므로 담배의 해악 자체에 대한 증거는 심판대상조항과 직접적인 관련이 없다고 본다(*Ibid.*, para. 145).

387) *Ibid.*, paras. 153, 154.

입증하지 못했다고 판단한다.³⁸⁸⁾

위헌의견은 제2-2단계(최소피해성) 판단으로 나아가면서, 최소피해성 단계에서 deference 부여 필요성에 대해 아래와 같이 판시한다.

“재단(tailoring process)”이 완벽한 경우는 거의 없으므로, 사법부는 입법부에 대해 어느 정도의 재량을 부여해야만 한다. 만약 심판대상조항이 일정한 범위 내의 입법대안 안에 들어온다면, 사법부 스스로 심판대상조항보다 더 잘 재단할 수 있는 어떠한 입법대안을 생각해낼 수 있다는 사실만으로 심판대상조항이 지나치게 광범위한 제한을 가한다고 선불리 판단해서는 안 된다. 반대로, 정부가 훨씬 덜 침해적이면서도 똑같이 효과적인 입법대안을 선택하지 않은 이유를 설명하지 못한다면, 심판대상조항은 최소피해성 위반이다.³⁸⁹⁾

위에 인용한 판시 중 “훨씬”과 같은 표현이 바로 deference 부여를 가리킨다. 즉, 단순히 덜 침해적이면서도 똑같이 효과적인 입법대안이 있다는 것으로는 부족하고, 훨씬 덜 침해적이면서도 똑같이 효과적인 입법대안이 있어야 비로소 최소피해성 위반이 된다는 것이다. 이렇게 ‘덜 침해적인지’라는 최소피해성의 세부 내용 판단에 있어 심판대상조항을 가급적 합헌으로 보는 인위적 경향성을 부여하는 것이 deference이다.

또한, 위헌의견은 La Forest 대법관이 집필한 합헌의견 중 최소피해성 판단에 있어 deference 부여 근거에 관하여 다음과 같이 반박한다.

첫째로, 최소피해성 단계에서 deference를 부여할 근거로 입법목적의 중요성을 고려하면 효과의 비례성 단계에서 하여야 할 형량을 선취하게 된다. *Oakes* 심사의 어느 단계에서 형량을 하는지는 중요하지 않을지 모르지만, 입법목적이 중요하고 제한은 경미하다는 이유를 들어 최소피해성 요건의 가치를 떨어뜨리지는 않도록 주의해야만 한다. (중략) 둘째로, 상업적 표현이라는 이유로 그 가치를 쉽게 무시해서는 안 된다. (중략) 담배회사들이 광고의 효용을 증명해야 하는 것이 아니라 정부가 담배 광고를 금지할 필요성을 입증해야 한다.³⁹⁰⁾ 셋째로, La Forest 대법관은 원고들이 이유를 주

388) *Ibid.*, paras. 155-159.

389) *Ibid.*, para. 160.

390) 첫 번째 “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras. 169, 170.

된 동기로 삼는다는 것을 이 사건에서 살펴보고 있는 상업적 표현이 보호 가치가 낮다는 논변의 주된 근거로 삼고 있으나, 경제적 동기는 표현의 헌법적 보호가치와는 무관하다.³⁹¹⁾

위헌의견은 이를 전제로 제2-2단계 심사에 있어서는 광고의 부분 금지나 담배의 해악 표시에 임상실험결과 등 출전을 표시하도록 하는 입법대안이 왜 심판대상조항만큼 입법목적에 달성하지 못하는지에 대해 정부가 충분히 입증하지 못했다는 이유로 최소피해성 위반으로 판단한다.³⁹²⁾ 끝으로 2-3단계 심사 에서 효과의 비례성을 인정할 만한 충분한 정당화 근거를 발견할 수 없다고 판단한다.³⁹³⁾

(3) *Thomson Newspapers v. Canada(Attorney General)* 판결

(가) 사안의 개요

Thomson Newspapers v. Canada(Attorney General) 판결은(이하 ‘*Thomson Newspapers* 판결’이라 한다)³⁹⁴⁾ 선거일 전 마지막 금요일 자정부터 선거종료시점까지 선거에 관한 여론조사의 공표를 금지한 연방 선거법조항이 쟁점인 사안이다. 이 심판대상조항에 의한 표현의 자유 제한이 캐나다권리 자유헌장 제1조에 의해 정당화되는지 여부가 주된 쟁점이었다. 심판대상조항은 표현의 자유를 침해하여 위헌으로 선언되었는데, 5인의 대법관은 위헌의견이었고, 3인의 대법관은 합헌의견이었다.³⁹⁵⁾ 위헌의견과 합헌의견 모두 *Oakes* 심사를 적용하여 표현의 자유 침해 여부를 판단하였으나, *Oakes* 심사의 하위 원칙에서 deference를 어떻게 정해야 할지에 관해서는 다른 입장이었다. 이하에서는 이 판결 중 deference에 직접 관련되는 부분을 판결문의 순서대로 합헌의견부터 살펴본다.

(나) 3인의 합헌의견: Gonthier 대법관 집필

합헌의견은 최소피해성과 효과의 비례성 판단에 관해 위헌의견과 견해를 달리한다. 이는 근본적으로 심판대상조항을 보는 관점의 차이에서 비롯된다. 3인

391) *Ibid.*, para. 171.

392) *Ibid.*, para. 174.

393) *Ibid.*, para. 175.

394) [1998] 1 S.C.R. 877.

395) 합헌의견: Lamer 대법원장, L'Heureux-Dubé 대법관, Gonthier 대법관. 위헌의견: Cory 대법관, McLachlin 대법관, Iacobucci 대법관, Major 대법관, Bastarache 대법관

의 합헌의견은 앞서 살펴본 *Irwin Toy* 사건과 마찬가지로 심판대상조항을 대립하는 집단의 이해를 조정하기 위한 것으로 파악한다. 3인의 합헌의견은 최소피해성 판단 부분을 다음과 같은 설시로 시작한다.

심판대상조항이 시간적인 측면에서 적절한 방식으로 정보를 얻을 투표권자들의 권리와 원하는 정보를 자유롭게 제공할 여론조사기관과 언론기관들의 권리를 중재하는 것임에는 의문의 여지가 없다.³⁹⁶⁾

3인의 합헌의견은 *Irwin Toy* 판결을 인용하여 입법자는 최선의 해결책이 무엇인지에 대해 알 수 없는 상태에서 이러한 조정을 해야만 하는 상황에 내몰리는 점을 강조한다. 이어 사법부는 최소피해성이라는 이름 아래 엄격한 사회과학적 증거를 요구함으로써 입법자로 하여금 약자 집단을 보호하기 위한 가장 진취적이지 않은 조치를 취하도록 요구해서는 안 된다고 설시하고, 이와 같은 입장을 전제로 최소피해성 판단이 심판대상조항이 가장 덜 침해적일 것을 검증하는 단계가 아닌 이상, 최소피해성 판단에 있어 입법자에게 재량을 부여하여야 한다고 강조한다.³⁹⁷⁾

그런 다음, 3인의 합헌의견은 *RJR-MacDonald* 판결에서 McLachlin 대법관이 판시한 최소피해성 판단 기준을 다음과 같이 인용한다.

만약 정부가 심판대상조항과 “똑같이 효과적이면서도(equally effective)”, 현상상 권리는 “훨씬 덜 제한하는(significantly less intrusive)” 입법대안을 채택하지 않은 이유를 설명하지 못한다면, 심판대상조항은 최소피해성에 위반된다.³⁹⁸⁾

3인의 합헌의견은 이와 같은 관점에서 여론조사 결과공표를 허용하되 여론조사 방법에 관한 정보를 함께 제시하도록 의무화하는 입법대안과, 잘못된 여론조사 공표에 대해 사후적으로 형사처벌을 하는 입법대안을 차례로 검토하고, 두 가지 입법대안 모두 심판대상조항만큼 입법목적에 달성하지 못한다고 판단함으로써 심판대상조항은 최소피해성을 만족시킨다고 결론 내린다.

(다) 5인의 위헌의견: Bastarache 대법관 집필

396) [1998] 1 S.C.R. 877, para 41.

397) *Ibid.*, paras. 42, 43.

398) [1995] 3 S.C.R. 199, para. 160.

1) deference 일반론

5인의 위헌의견은 캐나다권리자유헌장 제1조 위반 여부에 대한 검토를 ‘사건의 구체적 맥락(Contextual Factors)’이라는 목차로 시작한다. 이 부분에서 입증정도와 deference에 관해 상세한 분석을 행하는데, 이를 위해 먼저 앞서 살펴본 *RJR-MacDonald* 판결에서의 McLachlin 대법관의 deference 관련 판단 내용을 인용한 후 아래와 같이 설시한다.

국가가 개인과 적대적인 위치에 있는 입법인지, 서로 다른 집단의 조정자로서의 위치에 있는 입법인지를 명확히 구별하기는 어렵다는 *RJR-MacDonald* 판결에서의 McLachlin 대법관의 견해에 동의한다. 선례들을 보면 캐나다권리자유헌장 제1조에 의한 정당화가 낮은 수준으로 요구되는 영역이라든가 높은 수준으로 요구되는 영역이 정해져 있지 않다. 선례들이 고려한 요소들, 즉 입법자가 보호하려고 하는 집단의 취약성, 해악에 대한 해당 집단의 주관적인 공포 및 인식, 특정한 해악의 정도나 그에 대한 해결책의 효과를 과학적으로 측정하는 데에 있어서의 곤란함 모두가 심판대상조항이 민사상 입증의 정도에 따라 명백하게 정당화될 수 있는 제한인지를 판단함에 있어 사법부가 고려해야만 하는 요소들이다. 이러한 요소들을 모두 고려해야 한다는 점은 캐나다권리자유헌장 제1조에 대한 구체적 맥락에서의 접근을 한층 깊게 한다. 이러한 요소들은 정부가 충족해야만 하는 입증의 정도가 어떠한 것인지를 나타내는 것이 아니라, 오히려 명백한 정당화가 이루어졌는지의 문제에 관한 요소들이다.³⁹⁹⁾

2) 이 사건에서의 구체적인 deference 부여 정도

그런 다음 5인의 위헌의견은 이 사건에서 고려할 구체적 맥락으로 “제한되는 행위의 속성(the nature of the activity which is infringed)”을 제시한다. 구체적으로 이 사건의 경우 심판대상조항에 의해 제한되는 행위는 정치적 정보에 관한 것인 점, 투표권자들의 선택에 상당한 영향을 줄 수 있다는 점, 혐오표현 등과 달리 그 자체로 위협적이거나 반사회적인 것이 아닌 점, 윤리적인 내용을 포함하지 않을 뿐 아니라 선거에 있어 가치 있고 중요한 정보로 취급되는 점을 고려해야 한다고 설시한다.⁴⁰⁰⁾ 5인의 위헌의견은 이와 같은 점을

399) *Ibid.*, para. 90.

400) *Ibid.*, para. 91.

모두 종합한 결과, “이 사건에서 살펴보고 있는 표현의 본질상 이 사건은 deference를 부여하는 방식의 접근이 원칙적으로 적절한 사건에 해당되지는 않는다”고 결론 내린다.⁴⁰¹⁾

5인의 위헌의견은 이와 같이 이 사건에서 deference의 부여 정도에 관해 상세히 살펴본 다음 비로소 *Oakes* 심사의 하위 위헌심사척도를 하나하나 차례로 검토한다. 5인의 위헌의견은 최소피해성 판단 단계에서 deference에 관해 다음과 같이 실시한다.

사건의 구체적 맥락(contextual factors)이 입법목적을 달성하기 위해 선택된 특정 수단에 대해 사법부가 부여하여야 할 deference의 정도와 관련이 있다.⁴⁰²⁾ deference 부여를 지지하는 첫 번째 요소는 심판대상조항이 보호하려고 하는 집단의 취약성이다. 그러나 이 사건의 경우 캐나다 시민들이 여론조사기관이나 언론기관과의 관계에서 상대적으로 취약한 집단이라는 점을 인정할 만한 사회과학적 증거가 부족하다. 사법부는 캐나다의 투표권자들이 경험을 통해 배울 수 있는 능력이 있고, 선거 관련 정보의 가치에 관해서 독립적인 판단을 할 수도 있는 합리적인 행위자임을 전제로 해야 한다. (중략) deference를 부여한 선례들에서 판시한 원칙들은 다음과 같은 이유 때문에 이 사건에는 적용될 수 없다. 먼저 이 사건의 경우 선례들과 달리 해악의 존재에 관해 논리적인 반박이 가능하다. 즉 여론조사결과가 부정확하면 할수록 그것이 오류임을 알아차릴 수 있을 가능성도 커진다.⁴⁰³⁾ 다음으로 이 사건에서는 투표권자의 이해관계와 여론조사기관의 이해관계가 대립된다거나 여론조사기관이 조직적으로 투표권자를 이용할 것으로 보기도 어렵다.⁴⁰⁴⁾

5인의 위헌의견은 이러한 판단을 전제로, “앞서 살펴본 구체적 맥락에 비추어 보면, 심판대상조항이 방지하려고 하는 해악이 광범위하고 중요한지에 대해 정부 측이 입증하지 못하였으므로, 이 사건에서는 deference를 거의 부여하지 않아야 한다”고 결론 내린다.⁴⁰⁵⁾ 그런 다음 여론조사 공표를 허용하되 여론조

401) *Ibid.*, para. 95.

402) *Ibid.*, para. 111.

403) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras. 112, 113.

404) *Ibid.*, para. 114.

405) *Ibid.*, para. 118.

사 기법을 함께 공표하도록 강제하는 입법대안이 심판대상조항과 같은 정도로 입법목적 달성을 것으로 보일 뿐 아니라 헌장상 권리를 훨씬 덜 제한하는데도 정부가 이를 택하지 않았고, 이를 택하지 않은 이유를 설명하지도 못하였으므로 심판대상조항은 최소피해성에 위반된다는 결론에 이른다.

(4) *Sauvé v. Canada(Chief Electoral Officer)* 판결

(가) 사안의 개요

Sauvé v. Canada(Chief Electoral Officer) 판결은(이하 ‘*Sauvé* 판결’이라 한다)⁴⁰⁶⁾ 2년 이상의 징역형을 선고받고 수감중인 수형자의 선거권을 박탈하는 선거법조항의 위헌여부가 쟁점이었다. 대법관 5인은 위헌의 결론에, 4인은 합헌의 결론에 이르러 위 조항에 대해 위헌 판결이 내려졌다.⁴⁰⁷⁾ 이 판결에서는 deference 부여의 정도에 관해 대법관들 사이의 의견이 일치하지 않았다. 이하에서 관련 판시 내용을 차례로 살펴보기로 한다.

(나) deference 관련 판시 내용

McLachlin 대법원장이 집필한 다수의견은 소수의견의 deference에 관한 견해를 다음과 같이 반박한다.

선거권은 민주주의와 법의 지배의 근간이므로 가볍게 제쳐버릴 수 없다. 선거권에 대한 제한에 대해서는 deference가 아니라 주의 깊은 심사가 요구된다. 이는 사법부의 철학적 취향으로 입법부의 철학적 취향을 대체하는 것이 아니라 입법부가 제공한 정당화 근거가 논리와 상식에 의해 뒷받침되는지를 확인하는 것이다.⁴⁰⁸⁾

그런 다음 다수의견은 *Oakes* 심사를 본격적으로 시작하면서 deference에 관해 다음과 같이 판시한다.

대립하는 사회적, 정치적 정책들에 관한 결정에 대해서는 deference를 부여하는 것이 적절할 수 있다. 그러나 헌장상 권리를 제한하는 결정에 대해서는 그렇지 않다. 이 사건은 대립하는 사회철학적 견해들 사이의 경쟁에

406) [2002] 3 S.C.R. 519.

407) 위헌의견: McLachlin 대법원장, Iacobucci, Binnie, Arbour, LeBel 대법관, 합헌의견: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache 대법관

408) [2002] 3 S.C.R. 519, para. 9

불과한 것이 아니다. 이 사건은 헌장상 가장 중요한 권리 중 하나인 시민의 투표권과 입법부에 의한 투표권 박탈 사이의 충돌에 관한 것이다. 어떠한 문제가 공적 토론의 대상이 되었다고 해서 그 문제가 면밀한 사법심사로부터 면제되는 “사회 철학(social philosophy)”의 문제로 전환되는 것은 아니다. (중략) 사회 정책에 관한 입법자의 결정에 대해 사법부가 deference를 부여하는 태도를 취하는 것이 적절할 수 있지만, 이 사건은 그러한 범주에 들어가지 않는다. 반대로, 입법자가 헌장에 의해 보장된 참여 민주주의의 근간을 잠식하려고 위협하는 선택을 할 때에는 법원은 민주주의 체제의 온전함을 수호하기 위한 헌법적 의무를 다하도록 주의를 기울여야 한다.⁴⁰⁹⁾

반면, Gonthier 대법관이 집필한 소수의견은 최소침해성 판단 부분에서 이 사안이 경계선을 설정하는 문제이므로 deference를 부여하는 것이 적절하다고 판시하고,⁴¹⁰⁾ 효과의 비례성 판단 부분에서도 이 사안의 경우 형사철학과 형사정책적 문제를 야기하므로 의회의 판단을 존중할 필요가 있다는 이유로 deference 부여가 적절하다고 판단하였다.⁴¹¹⁾

(5) *Chaoulli v. Quebec(Attorney General)* 판결

(가) 사안의 개요

Chaoulli v. Quebec(Attorney General) 판결은(이하 ‘*Chaoulli* 판결’이라 한다)⁴¹²⁾ 공공의료체계 내에서 제공되는 의료서비스와 동일한 종류의 사적 의료서비스 비용을 보전하기 위한 보험계약을 금지하는 퀘벡의 법률이 쟁점인 사안이다. 상고인들은 심판대상조항에 의해 사적 의료 서비스를 이용할 수 없게 된 결과, 공공의료체계에서 지나치게 오랜 시간 대기하게 되어 신체의 안전에 관한 권리를 침해당했다고 주장하였다. 이 사건에서는 ‘퀘벡 인권 및 자유헌장(Charter of Human Rights and Freedoms)’ 제1조, 캐나다권리자유헌장 제7조에⁴¹³⁾ 규정된 권리가 침해되었는지가 쟁점이었는데, 그 논증방식에 있어

409) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras. 13, 15.

410) *Ibid.*, para. 174.

411) *Ibid.*, para. 186.

412) [2005] 1 S.C.R. 791.

413) “모든 사람은 생명, 자유, 안전에 관한 권리가 있다. 이 권리는 기본적 정의의 원칙에 부합하지 않는 한 박탈당하지 않는다(Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice).”

서는 공통적으로 *Oakes* 심사가 적용되었다.⁴¹⁴⁾ 위헌의견 4인, 합헌의견 3인으로 심판대상조항은 위헌으로 선언되었다.⁴¹⁵⁾ 이하에서는 판결문 순서에 따라 위헌의견과 합헌의견 중 *Oakes* 심사의 deference 관련 부분을 차례로 살펴본다. 위헌의견 중 deference 관련 내용은 Deschamps 대법관 집필부분에만 나오므로, 위헌의견의 경우 Deschamps 대법관 집필부분에 한정해서 검토한다.⁴¹⁶⁾

(나) 4인의 위헌의견 중 Deschamps 대법관 집필 부분

Deschamps 대법관은 최소피해성 부분에서 헌장상 권리 제한의 정당화 여부에 관한 입증책임이 정부에 있다고 설시한 다음,⁴¹⁷⁾ 퀘벡주 대법원에 제출된 증거들을 분석하고, 캐나다의 다른 주들과 다른 OECD 국가들의 상황을 살펴본다.⁴¹⁸⁾ 그런 다음 이 사건에서 부여하여야 할 적절한 deference의 정도를 결정하기 위한 사전적 고찰로서 사법부와 입법부의 역할에 대해 다음과 같이 말한다.

사법부는 진지하고 철저한 논쟁을 하기에 적절한 장이다. 만약 사법부의 판단에 필요한 증거가 모두 제출되었다면, 사법부로서는 정부를 존중해야 한다는 이유만으로 자신의 임무를 수행하는 것을 거부할 수는 없다. (중략) 사법부는 사회 정책을 개발하는 일은 입법부의 몫으로 남겨 두어야 한다. 그러나 입법부가 만든 사회 정책이 헌장상 권리를 제한하는 상황에서도 그러한 사회 정책들에 대해 실체적 판단을 하지 않고 뒷걸음질 쳐서는 안 된다. 사법부는 입법부가 수행하지 않는 역할을 한다.⁴¹⁹⁾

414) 퀘벡 인권 및 자유 헌장상 권리의 제한의 정당화 여부에 관한 위 헌장 제9조 제1항 위반 여부도 *Oakes* 심사에 의한다는 점에 관해서는, [2005] 1 S.C.R. 791, paras. 46-48 참조.

415) 위헌의견: McLachlin 대법원장, Major 대법관, Bastarache 대법관, Deschamps 대법관. 합헌의견: Binnie 대법관, LeBel 대법관, Fish 대법관.

416) Deschamps 대법관은 퀘벡 인권 및 자유 헌장상 권리 침해여부에 한정하여 검토하였고, 또 다른 위헌의견인 McLachlin 대법원장, Major 대법관, Bastarache 대법관의 의견은 Deschamps 대법관의 의견에 동의하고, 나아가 캐나다권리자유헌장 위반 여부까지 검토하는 내용의 별개의견이다. 이 별개의견은 캐나다권리자유헌장 제7조 요건 충족 여부를 자세히 다룬다.

417) [2005] 1 S.C.R. 791, paras. 59, 60.

418) *Ibid.*, paras. 61-84.

419) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras 87, 89. 제89단락 부분에서 Deschamps 대법관은 “판사들은 부정의를 호소하는 원고들에게 귀 기울이고, 입법과정에서 진지하게 고려되지 못했던 가치와 관점들을 지지하는 것을 통해 정의가 무엇인지에 관한 사회적인 논의에 가치를 더할 수 있다.”는 Kent Roach 교수의 논문을 직접 인용한다.

이어 Deschamps 대법관은 그 동안 캐나다 연방대법원이 deference를 부여해야만 한다고 판시한 사정들을 다음과 같이 요약한다.

선례들을 통해 이 법원은 deference를 부여해야만 하는 상황들에 대해 논의해왔다. 예컨대 정부가 대립하는 이해관계를 조정하고 여러 가지 입법적 우선순위 중 하나를 선택하여야 하는 경우가 그러하다. 사회적, 경제적, 정치적 조건들이 변하는 바람에 이에 대처할 충분한 시간이 없었던 경우도 그러한 상황으로 상정할 수 있다. 법원이 평가하기에 적합하지 않은 미래에 대한 예측을 근거로 정부가 전략적인 선택을 하는 상황 역시 마찬가지이다. (중략) 예컨대 결정의 예측적 성격, 공공 재정예의 충격, 대립하는 이해관계의 다층성, 과학적 증거 제시의 곤란함, 시간 부족과 같은 요소들은 더 높은 정도의 deference를 부여할 근거가 된다. 그러나 이 목록은 결코 한정적인 것이 아니다. (중략) 그러나 *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)* 사건에서 당시에는 대법원장이 아니라 아직 대법관이었던 McLachlin 대법관이 강조한 바와 같이 “deference 개념을 너무 많이 확장하는 것은 반드시 경계해야만 한다.”⁴²⁰⁾

이와 같은 일반론을 바탕으로, Deschamps 대법관은 이 사건의 경우 법원은 판단에 이를 수 있는 모든 도구를 갖추었다고 본다. 즉, 풍부한 증거가 제시되었고, 정부에게도 충분한 시간이 부여되었으며, 이 사안을 해결하기 위해 수없이 많은 위원회가 활동했고, 과학적 증거가 부족한 것도 아니라고 판단한다. 그에 따라 Deschamps 대법관은 이 사건은 입법부에 대해 deference를 부여하기에 적절한 사안이 아닌 것으로 결론 내리고, 최소피해성 심사를 한 결과 최소피해성 위반이라는 결론에 이른다.

(다) 3인의 합헌의견: Binnie 대법관 및 LeBel 대법관 집필

3인의 합헌의견은 심판대상조항이 퀘벡 인권 및 자유 헌장 제1조에⁴²¹⁾ 규정된 권리를 제한한다고 보고 그 정당화 여부를 검토하면서 deference에 관해 다음과 같이 실시한다.

420) 첫 번째 “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras. 94, 95.

421) “모든 인간은 생명권, 안전권, 불가침권과 자유를 가진다. 모든 인간은 법인격이 있다(Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom. He also possesses juridical personality).”

사적 의료보험을 찾는 사람들은 그 비용을 부담할 수 있는 사람들이다. 그들은 우리 사회에서 더 혜택 받은 구성원들일 것이다. 그들은 사회의 어느 집단에서나 발견되는 건강상의 어려움이 아니라, 소득 수준이라는 측면에서 일반 대중과 구별된다. Dickson 대법원장은 입법자가 사회의 가난한 구성원들을 돕기 위해 만든 법률에 따른 혜택을 부자들이 “회수하는” 것을 돕는 수단으로 캐나다권리자유헌장이 사용되어서는 안 된다고 하였다. 우리는 이 견해에 동의한다.⁴²²⁾

나아가 합헌의견은 더 부유한 사람들의 의료 수요가 “상위 의료체계”를 통해 해결되면 부유한 사람들은 공공의료체계 전반을 개선하도록 정부에 요구할 동인이 줄어들 것이라고 강조한다.⁴²³⁾ 이와 같은 논증 후에 사적 의료 보험을 금지하는 것이 효과가 있다는 증거가 풍부한 이상 심판대상조항의 목적이 긴 절하고, 합리적 관련성도 인정된다고 판단한다.⁴²⁴⁾ 이어 최소피해성의 deference에 관해 다음과 같이 판시한다.

최소피해성의 적용이 이 사안의 결론을 좌우한다. 사회적, 경제적 정책에 관해서 최소피해성은 입법자에게 상당한 정도의 ‘평가의 여지(margin of appreciation)’를 허용한다. 퀘벡과 같은 현대 민주주의 공동체에서 공공의료체계를 설계하고, 재정적으로 뒷받침하고, 운영하는 것은 도전적인 과제이다. 이를 위해서는 어려운 선택을 해야만 한다.⁴²⁵⁾

합헌의견은 이와 같이 deference를 부여해야 한다고 결론지은 다음, 심판대상조항이 헌장상 권리 제한의 정당화 한계를 준수하는 조치들의 범위에 들어온다고 판단한다. 나아가 합헌의견은 법원이 의료체계의 설계를 바꾸는 것은 현명한 선택이 아니라고 덧붙인다.⁴²⁶⁾

(6) *Carter v. Canada(Attorney General)* 판결

(가) 사안의 개요

Carter 판결은⁴²⁷⁾ 의사의 조력에 의한 안락사에 대한 형사처벌의 위헌 여부

422) [2005] 1 S.C.R. 791, para. 274.

423) *Ibid.*

424) *Ibid.*, para. 276.

425) *Ibid.*

426) *Ibid.*

가 쟁점이 사건이다. 캐나다 연방대법원은 이 사건에서 관여 대법관 전원 일치로 위헌의 결론에 이르렀다.⁴²⁸⁾ 이하에서는 이 판결 중 deference에 관한 부분을 살펴본다.

(나) deference 관련 판결 내용

캐나다 연방대법원은 *Oakes* 심사의 제2단계 판단을 시작하면서 *Hutterian Brethren* 판결 등을 인용하여 *Oakes* 심사에 있어 deference 일반론에 관해 다음과 같이 판시한다.

이 단계 판단에 있어서 법원은 어느 정도의 deference를 입법자에게 부여해야만 한다. 과잉금지원칙이란 완벽을 요구하는 것이 아니다. 헌장 제1조는 제한이 “합리적일 것”을 요구할 뿐이다. 이 법원은 특정한 사회 문제를 해결할 수 있는 방법은 다양할 수 있고, 사회적 해악에 대한 “복잡한 규제적 대응”의 경우에는 높은 정도의 deference가 부여될 것이라고 판시하였다.⁴²⁹⁾

위와 같은 일반론을 제시한 다음, 이 사건에 있어 구체적인 deference 부여 정도조절에 관해 다음과 같이 판시한다.

한편으로는, 사실심 법관이 지정한 바와 같이, 의사의 조력에 의한 안락사는 사회 정책에 관한 복잡한 문제와 대립하는 사회적 가치들에 관한 사안이다. 의회는 이 문제를 해결하여야 할 어려운 임무를 맡는다. 의회는 의사의 조력에 의한 안락사를 허용하는 제도 하에서 위험에 처할지도 모르는 사람들의 관점과 의사 조력에 의한 안락사를 원하는 사람들의 관점을 비교하고 형량해야만 한다. 따라서 의사의 조력에 의한 안락사를 전면적으로 금지하는 의회의 결단에 대해서는 높은 정도의 deference를 부여하는 것이 적합하다. 다른 한 편으로는, 사실심 법관이 역시 고려하였고, 우리도 동의하는 바와 같이, 전면적 금지라는 수단은 “복잡한 규제적 대응”에 해당한다고 보기 어렵다. 이에 따라 의회에 부여할 높은 정도의 deference는 그만큼 줄어들게 된다.⁴³⁰⁾

427) [2015] 1 S.C.R. 331

428) 관여 대법관: McLachlin 대법원장, LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon 대법관.

429) [2015] 1 S.C.R. 331, para. 97. 판결문 원문에 있는 다른 판결들에 관한 인용표시는 생략하였다.

위와 같은 판시는 구체적인 사안에서 deference의 정도를 정하는 요소는 복수일 수 있고, 각 요소들이 deference의 부여를 지지하거나 지지하지 않을 수도 있으며, 최종적인 deference의 부여 정도는 deference에 관한 요소들을 종합적으로 고려하여 정해짐을 잘 보여준다.

이어 캐나다 연방대법원은 합리적 관련성 판단부터 시작하여 합리적 관련성은 인정된다고 판단한다.⁴³¹⁾ 그 다음 최소피해성 판단으로 나아가 아래와 같이 deference를 언급한다.

심판대상조항이 최소피해성 요건을 만족한다는 것을 입증할 책임은 정부에 있다. (중략) 사실심 법원은 정부가 제출한 증거로는 입법목적을 실질적으로 달성하기 위해 의사 조력에 의한 안락사의 전면 금지가 필요하다는 주장을 입증할 수 없다고 판단했다. 우리도 동의한다. (중략) 헌장 제1조에 의한 정당화는 증명의 과정일 뿐, 직관에 의한 것도 아니고, 정부의 주장에 대한 자동적인 deference 부여도 아니다.⁴³²⁾

캐나다 연방대법원은 심판대상조항이 최소피해성을 만족하지 못한다는 결론에 이른 다음, 최소피해성 원칙에 위반된다는 결론에 이른 이상 효과의 비례성 판단에 나아갈 필요는 없다고 실시하고 *Oakes* 심사를 마친다.⁴³³⁾

(7) *Frank v. Canada(Attorney General)* 판결

(가) 사안의 개요

Frank v. Canada(Attorney General) 판결은(이하 ‘*Frank* 판결’이라 한다)⁴³⁴⁾ 해외에서 5년 이상 거주한 캐나다 국민들은 귀국하여 거주를 다시 시작할 때까지 연방 선거에서 투표하지 못하도록 한 선거법 조항이 선거권을 침해하는지가 쟁점인 사안이다. 이 사건에서 대법관 5인은 위헌의견을⁴³⁵⁾ 2인은 합헌의견을⁴³⁶⁾ 냈다. 위헌의견과 합헌의견은 이 사건에서 부여할 deference의 정도에 대해 반대의 입장을 취하였다. 이하에서는 위헌의견 중 deference에

430) *Ibid.*, para. 98.

431) *Ibid.*, paras. 99-101.

432) 첫 번째 “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras. 118, 119.

433) *Ibid.*, paras. 122, 123.

434) 2019 SCC 1. 2019. 1. 11. 선고. 관례집 미간행.

435) Wagner 대법원장, Moldaver 대법관, Karakatsanis 대법관, Gascon 대법관, Rowe 대법관.

436) Côté 대법관, Brown 대법관.

관해 직접적인 설시를 한 Wagner 대법원장, Moldaver 대법관, Karakatsanis 대법관, Gascon 대법관의 위헌의견과, 2인의 합헌의견을 차례로 살펴본다.

(나) 4인의 위헌의견: Wagner 대법원장 집필

위헌의견은 캐나다권리자유헌장 제1조 심사에 들어가기에 앞서 deference에 관해 다음과 같이 판시하였다.

Deference는 복잡한 규제적 대응 혹은 대립하는 사회적 정치적 정책 판단에 관한 결정일 경우에 부여하는 것이 적합하다. 반대로 민주주의의 핵심적 권리에 대한 절대적 제한을 심사함에 있어서는 deference 부여가 적절하지 않다.⁴³⁷⁾ 선례에서 의회가 제정한 선거에 관한 법률에 대해서는 “deference의 자연스러운 부여”가 이루어진다고 판단했으나, 이는 선거제도를 선택하고 만들어내는 과정에서 의회에 의해 이루어지는 미묘한 선택에 관해서 그러한 것이었다. 이 사건은 이와 거리가 멀다. (중략) 심판대상조항은 장기간 미거주한 시민들의 투표권을 박탈하기로 한 의회의 결정에 관한 것이다. 선거권은 우리의 민주주의와 법의 지배에 있어 근본적이므로 가볍게 밀어낼 수 없다. 그에 대한 제한은 deference를 요구하는 것이 아니라 주의 깊은 조사를 요구한다.⁴³⁸⁾

5인의 위헌의견은 이러한 deference 판단을 기초로 Oakes 심사를 차례로 진행하여 최소피해성과 효과의 비례성 위반의 결론에 이른다.

(다) 2인의 합헌의견: Côté 대법관, Brown 대법관 공동 집필

2인의 합헌의견은 Oakes 심사의 제1단계(목적의 충분한 중요성) 판단을 마친 후 제2-1단계 판단에 들어가기 전에 deference에 관해 다음과 같이 판시하였다.

재판부가 무엇을 선호하는지가 아니라 심판대상조항이 의회가 합리적으로 강제할 수 있는 제한인지가 중요하다. 사법부는 정확한 경계선을 어디에 그어야 할지에 관한 입법부의 견해를 대체하기 위해 부름을 받은 것이 아니다. 이는 캐나다의 선거에 관한 법이 다투어지는 상황을 사법부가 다루어야 하는 경우에 특히 그러하다. 이 경우 선례에서는 “deference의 자연스러운

437) *Frank v. Canada (Attorney General)* 2019 SCC 1, para. 43.

438) *Ibid.*, para. 44.

부여”가 요구된다고 판단하였다.⁴³⁹⁾

2인의 합헌의견은 심판대상조항이 선거에 관한 것인 점뿐 아니라 이 사건에서 5년이라는 수치화된 기준이 쟁점인 점도 중요하게 평가한 것으로 보인다. 합헌의견은 선거권이 누구에게나 언제나 100% 보장되어야 한다는 전제에서부터 출발하여서는 안 된다고 본다.⁴⁴⁰⁾ 이러한 이유 때문에 합헌의견은, 4인의 위헌의견이 deference를 부여하지 않는 중요한 근거로 삼은 선거권의 박탈을 deference 부여 정도 결정에 있어 명시적으로 참작하지 않았다. 2인의 합헌의견은 이를 전제로 *Oakes* 심사를 단계적으로 하여 합헌의 결론에 이른다.

다. 판례상 *Oakes* 심사에 있어 deference 결정 요소 요약 정리

이상에서 살펴본 판례들이 *Oakes* 심사에 있어 deference 부여 정도의 근거로 삼은 요소들은 매우 다양하다. 이 요소들을 앞서의 서술 순서에 따라 높은 정도의 deference 부여를 지지하는 대법관이 다수인 판결과 소수인 판결 순으로 정리하면 아래 <표 1>과 같다.⁴⁴¹⁾

<표 1> *Oakes* 심사에 있어 deference 결정 요소

판결	deference 결정 요소
<i>Irwin Toy</i>	○ 집단 사이의 이해관계 충돌을 중재하는 법률인지, 아니면 헌장상 권리를 제한받은 상대방과 국가가 일대일의 관계에서 헌장상 권리를 제한하는 법률인지
<i>Harper</i>	○ 법률이 방지하려는 해악의 속성, 측정불가능성, 해악에 대한 주관적인 공포와 인식 ○ 후보자, 정당, 제3자, 투표권자간 균형 달성의 어려움 ○ 선거 제도의 세부사항을 정할 수 있는 입법부의 권한
<i>JTI-Macdonald</i>	○ 복잡한 사회문제 ○ 해결 효과에 논의의 여지 있고 과학적 측정 어려움

439) *Ibid.*, para. 159.

440) *Ibid.*, para. 148.

441) 높은 정도의 deference 부여를 지지하는 대법관이 다수인 판결은 밑줄로 표시하였다.

판결	deference 결정 요소
<i>Hutterian Brethren</i>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 사회적, 경제적 관계를 규율하는 공공정책 ○ 사회문제에 대처하기 위한 복잡한 규제조치 ○ 헌장상 권리 제한의 심각성
<i>K.R.J.</i>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 헌장상 권리에 관한 헌장 규정의 구체성 또는 명확성
<i>Laba</i>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 집단 사이의 이해관계 충돌을 중재하는 법률인지 아니면, 헌장상 권리를 제한받은 상대방과 국가가 일대일의 관계에서 헌장상 권리를 제한하는 법률인지 ○ 형사절차상 권리에 관한 사법부의 축적된 전문성
<i>RJR-MacDonald</i>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 입법 목적의 본질 ○ 제한된 헌장상 권리의 속성 ○ 결정적인 과학적 증거를 제시하기 어려운 중요한 사회 문제 ○ 형사법에 관한 사안인지, 정책결정에 관한 사안인지 ○ 취약 집단을 보호하기 위한 법률인지 ○ 표현의 자유의 중핵과 멀리 떨어져 있는지 ○ 국가가 집단 사이의 대립하는 권리를 조정하는 상황인지, 개인과 국가의 대립 상황인지, 아니면 양자가 결합된 사안인지 ○ 전모를 파악하기 어려운 사회문제에 관한 것인지
<i>Thomson Newspapers</i>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 투표권자들과 여론조사기관/언론기관들의 권리를 중재하는 법률 ○ 약자를 보호하기 위한 법률 ○ 법률이 방지하려는 해악의 중요성 ○ 해악에 대한 해당 집단의 주관적인 공포 및 인식 ○ 특정 해악의 정도나 그 해결책의 효과에 대한 과학적 측정의 곤란함

판결	deference 결정 요소
<i>Sauvé</i>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 현장상 가장 중요한 권리 중 하나인 선거권 제한 사안 ○ 경계선 설정 사안 ○ 사회철학, 형사정책 문제 야기하는 사안
<i>Chaoulli</i>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 법원의 판단에 필요한 증거가 모두 제출되었는지 ○ 사회적, 경제적 정책에 관한 사안 ○ 대립하는 이해관계 조정 사안 ○ 사회적, 경제적, 정치적 조건들의 변화에 대처할 시간적 여유가 있었는지 ○ 미래에 대한 예측을 근거로 전략적 선택을 하는 사안 ○ 공공 재정예의 충격 ○ 과학적 증거제시의 곤란함 ○ 약자를 보호하기 위한 법률
<i>Carter</i>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대립하는 사회적 가치들에 관한 사안 ○ 사회적 해악에 대한 복잡한 규제적 대응
<i>Frank</i>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 복잡한 규제적 대응 ○ 대립하는 사회적, 정치적 정책 판단 ○ 민주주의의 핵심적 권리에 대한 절대적 제한 ○ 정확한 경계선을 어디에 그어야 할지 정하는 사안 ○ 선거 관련 법률

3. *Oakes* 심사에 있어 deference에 대한 학설

가. *Oakes* 심사에 있어 deference 결정 요소들의 분류에 관한 학설

(1) Sujit Choudhry의 분류

Sujit Choudhry는 캐나다 연방대법원이 deference를 인정하는 경우를 다음과 같이 크게 세 가지로 분류한다. 첫째는 기관 사이의 상대적 장점 혹은 사법부의 상대적 전문성을 고려하는 경우이다. 예컨대 캐나다 연방대법원은 형사사

법 분야에서는 입법자에게 deference를 부여하지 않지만, 노동문제와 같은 사안에서는 deference를 부여한다. 둘째로 캐나다 연방대법원은 입법자가 대립하는 가치나 이익을 조정하는 경우에 deference를 부여한다. 이는 소수자 보호를 위한 입법이나, 한정된 자원을 분배하는 상황에서의 입법, 헌장상 권리 충돌 상황을 해결하는 입법에서 두드러진다. 셋째로 캐나다 연방대법원은 제한되는 권리의 구체적인 가치가 낮을 경우에 deference를 부여한다. 예컨대, 상업적 표현, 혐오표현, 명예 훼손적 표현, 음란한 표현의 경우 deference의 수준이 높아진다.⁴⁴²⁾

(2) Guy Davidov의 분류

Davidov는 각 사안별로 각기 다른 정도의 deference가 부여되는데, 캐나다 연방대법원의 판례상 이를 결정하는 요인들은 다음의 네 가지로 나뉜다고 본다.

(1) 입법자의 역할이 경쟁하는 집단의 이해관계의 균형점을 찾아주는 것인지 아니면 입법자가 헌장상 자유가 제한된 개인에 대한 ‘일방적인 적(singular antagonist)’인지 여부, (2) 입법자가 보호하려는 집단의 취약성 및 당해 집단의 해악에 대한 공포와 인식의 정도, (3) 문제가 되는 특정 해악이나 그에 대한 해결책의 효과에 대한 과학적 측정의 불가능성, (4) 법률에 의해 제한된 행위가 사회적으로 별다른 가치가 없는 행위인지 여부⁴⁴³⁾

Davidov는 사법부도 오류를 저지를 수 있다는 것을 인정하는 것을 전제로 하여, 사법부가 잘못된 판결을 내릴 위험을 사회 전체가 부담하는 것이 부적절한 경우에만 deference가 부여되어야 한다고 주장한다.⁴⁴⁴⁾ 이와 같은 관점에서 Davidov는 위 네 가지 요인들 중 (2), (3)만 deference 부여가 적절한 사안으로 평가한다. (2)의 경우와 같이 약자를 보호하는 법률을 사법부가 실수로 무효로 만든다면, 그 결과 발생할 해악이 너무 크기 때문이고, (3)의 경우에도 불확실한 증거에 기반을 둔 경우 그 위험 결정은 오류일 가능성이 크기 때문이다.⁴⁴⁵⁾

442) Sujit Choudhry 2006, *op. cit.*, pp. 512-515.

443) Guy Davidov 2001, *op. cit.*, p. 139.

444) *Ibid.*, pp. 156, 167.

445) *Ibid.*, p. 158. Deference 부여 정도를 사법부의 오관 위험을 기준으로 하자는 Davidov 견해는 통상 deference 부여의 근거로 논의되는 사회-경제적 문제를 다룰 사법부의 능력의 부족이

(3) Sharpe와 Roach의 분류

Sharpe와 Roach는 *Oakes* 심사에 있어 deference 부여 정도를 우선 사회적, 경제적 정책에 관한 복잡하고 정밀한 판단이 어려운 사안, 특히 노동정책이나 환경문제에 관하여 입법자에 대한 deference 부여가 통상 합당하다고 본다.⁴⁴⁶⁾ 다음으로, Sharpe와 Roach는 *Edwards Books* 판결이나⁴⁴⁷⁾ *Irwin Toy* 판결을⁴⁴⁸⁾ 예로 들어 경합하는 요구를 조정하고 약자를 보호하기 위한 법률에 대한 deference에 관해 설명한다. 나아가 Sharpe와 Roach는 deference 부여 정도는 헌장상 권리에 관한 규정의 엄밀한 정도에 따라 결정된다고 설명한다. 즉, 헌장상 권리에 관한 규정이 광범위하게 만들어져 있을수록 deference 조절의 폭이나 필요성이 커지는 반면, 헌장상 권리에 관한 규정이 조밀할수록 그 해석론을 통해 헌장상 권리의 제한이 발생했는지 여부 자체를 풍부하게 논의할 수 있으므로, 제한의 정당화 여부에 관한 deference 논의는 폭이 좁아진다는 의미이다.⁴⁴⁹⁾⁴⁵⁰⁾

나 사법부의 민주적 정당성의 부족이 deference 부여의 논거로 적절하지 않음을 전제로 한다(이에 관한 자세한 내용은 *Ibid.*, pp. 140-147). 또한 Davidov는 deference의 영향력을 (1) 결론을 결정하는 경우, (2) 최소침해성을 심판대상조항이 입법자의 입장에서 합리성이 있는지의 의미로 검증하는 경우, (3) 입증책임을 청구인에게 전환하는 경우, (4) 판결의 결론이 deference 부여와 상관 없이 내려져 있는 상태에서 그 근거를 정당화하기 위한 사후 요소로 deference가 작동하는 경우, (5) deference가 언급되지만 lip service 수준에서 언급되는 데에 그치는 경우의 다섯 가지로 분류한다(*Ibid.*, pp. 152-156).

446) Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, p. 83.

447) [1986] 2 S.C.R. 713, 779.

448) [1989] 1 S.C.R. 927, 990.

449) Sharpe와 Roach는 캐나다권리자유헌장 제7조를 그러한 예로 든다. 헌장 제7조는 “모든 사람은 개인의 생명, 자유, 안전권을 가진다. 이 권리는 기본적 정의의 원칙에 부합하는 경우 외에는 박탈할 수 없다.”고 규정하는데, ‘개인’, ‘생명’, ‘자유’, ‘안전’이라는 해석의 여지가 있는 용어를 사용할 뿐만 아니라, 그 제한의 정당화 요소에 관해서도 ‘기본적 정의의 원칙’을 별도로 규정한다. Sharpe와 Roach는 이와 같은 이유 때문에 제7조상 권리의 제한이 있는지 여부에 관한 심사는 *Oakes* 심사와 별도로 심사할 실체적 내용이 비교적 풍부해지므로, 제7조상 권리가 제한된다는 결론에 이르고 나면 *Oakes* 심사를 통과하지 못하는 경우가 거의 없어진다고 설명한다(*Ibid.*, pp. 88, 89). 일반적으로, 헌장 제7조 권리의 침해 여부에 관한 심사는 헌장 제7조에 규정된 “기본적 정의의 원리들(the principles of fundamental justice)” 위반이 없는지 여부를 검토하여 위반이 없다고 판단되면, 그와 같은 권리 제한이 헌장 제1조에 따라 “자유롭고 민주적인 사회에서 정당화되는지(justified in a free and democratic society)” 여부를 검토하는 순서로 이루어진다(*Chaoulli v. Quebec(Attorney General)* [2005] 1 S.C.R. 791, para. 29). 캐나다 연방대법원은 헌장 제7조상 기본적 정의의 원리란 심판대상조항이 불명확하거나(vague), 자의적이거나(arbitrary), 광범위하거나(overbroad), 명백히 비례성을 상실하지(grossly disproportionate) 않아야 함을 의미하는 것으로 본다(*Ibid.*, pp. 254, 255). 이 중 ‘명백히 비례성을 상실하지 않을 것’ 요건은 *Oakes* 심사의 효과의 비례성 심사와 유사하지만, 전자

나. deference 법리의 일관성에 관한 학설

(1) deference 법리의 비일관성을 비판하는 견해

캐나다 연방대법원은 deference 전반을 모두 아우를 수 있는 정합성 있고 일관된 기준을 제시한 바가 없기 때문에,⁴⁵¹⁾ deference 법리에 관해서는 일관성이 없다는 비판이 제기된다.⁴⁵²⁾ 즉, 특정 사건에서 deference 부여의 근거로 든 요소가 다른 사건에서는 그렇게 작용하지 않는다는 것이다.⁴⁵³⁾ deference의 비일관성에 대한 비판은 deference 법리에 관한 일관성에 대한 비판을 넘어 *Oakes* 심사 자체의 일관성에 대한 비판으로 번지기도 한다.⁴⁵⁴⁾ 또한 deference 법리의 비일관성에 대해 캐나다권리자유헌장 제1조는 자유와 권리의 보장이 원칙이고, 제한과 그 정당화는 예외인 것으로 규정하므로, *Oakes* 심사에서 deference를 부여하지 않는 것이 원칙이어야 한다는 견해도 있다.⁴⁵⁵⁾

는 청구인 개인의 불이익과 입법목적 사이의 비교인 반면, 후자는 심판대상조항이 가하는 불이익 전반과 이익 전반 사이의 형량이라는 차이가 있다(*Ibid.*, p. 267).

450) Sharpe와 Roach는 위 세 가지 이외에도 캐나다 헌법 제33조와의 관계, 재정적 부담, 입법자의 사전적 의견 수렴과 같은 요소에 대해서도 deference와 관련지어 설명하나(Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, pp. 90-92), 이들 요소는 *Oakes* 심사의 적용강도에 관한 deference 법리에 관해서는 별도로 검토할 실익이 적다고 판단하여 그에 관한 내용은 살펴보지 않는다.

451) Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, p. 1104 fn 6.

452) Guy Davidov 2001, *op. cit.*, pp. 147-156. Davidov는 법원의 주관적 논증을 방지하기 위하여 도입된 deference가 실제로는 법원의 주관성을 더 높인다고 지적하며 이를 ‘deference의 패러독스’라고 칭한다(*Ibid.*, p. 147). Petersen에 따르면 이러한 사정은 캐나다와 독일이 크게 다르지 않다. 독일 연방헌법재판소는 입법의 대상이 되는 구체적인 영역, 불확실성의 정도, 관련된 법적인 가치의 중요성과 같은 요인들에 의해 입법자의 재량의 범위를 결정한다고 하나, 이러한 요소들은 너무나 불분명하기 때문에 거의 모든 결론을 정당화할 수 있다(Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 125-126).

453) Sujit Choudhry 2006, *op. cit.*, pp. 515-520; Chanakaya Sethi 2012, *op. cit.*, pp. 33, 34.

454) 예컨대, Chanakaya Sethi 2012, *op. cit.*, pp. 17, 18. 또한, 캐나다 연방대법원이 *Oakes* 심사를 하겠다고 선언했지만, 실제로는 완화된 기준을 적용하기 때문에 그러한 선언이 ‘입에 발린 말(lip service)’에 그친다는 비판도 있다(Don Stuart 2014, *op. cit.*, pp. 31, 32). 유사한 취지에서 deference를 통해 입증책임을 지나치게 완화시킴으로써 *Oakes* 심사 적용의 일반성이 약화되었다는 지적으로, Christopher Bredk, Adam Dodek, “The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter”, 14 *The Supreme Court Law Review*(2001), pp. 185, 186. *Oakes* 심사에 있어 deference 법리에 관한 비판들에 관한 자세한 내용은 Gerald-A. Beaudoin(2003), pp. 192-194 참조.

455) Ponomarenko는 합리성심사와 달리 과잉금지심사에서는 심사척도를 적용할 때 헌장상 권리

(2) 일관된 deference 법리가 불가능함을 인정하는 견해

Choudhry는 *Oakes* 심사에 있어 deference 법리는 특정 영역에 해당되면 곧바로 특정한 정도의 deference가 결정된다는 식의 ‘영역적 접근(categorical approach)’으로 보아서는 안 되고, 각각의 판례에서 제시된 deference 부여의 근거들 모두가 deference를 결정하는 요소로 작용하여 그 요소 간의 복합적인 상호작용으로 deference가 결정되는 것이라고 주장한다. 즉, 과잉금지원칙의 적용강도는 사건의 구체적 맥락에 따라 사건별로 결정된다는 것이다.⁴⁵⁶⁾

Kavanagh 역시 같은 맥락에서 영국에서의 deference 법리에 관하여 아래와 같이 주장한다.

특정한 사건에서 어느 정도의 deference를 택할 것인지는 개별 구체적인 사건마다 사법부의 전문성(expertise), 능력(competence), 정당성(legitimacy), 제한되는 권리의 중요성, 권리 제한의 심각성, 입법목적의 중요성 등 매우 다양한 요소를 고려하여야 할 뿐만 아니라 그 요소들 중 어느 것에 더 무게를 둘 것인지에 따라 다르므로, 이를 명확한 기준에 따라 분류하여 정확히 예측하는 것은 불가능하다. deference를 정해야 한다는 것이 1차적 판단을 무조건 존중해야 한다거나, 사법부가 1차적 판단권자처럼 행동해야 한다는 의미는 아니다.⁴⁵⁷⁾

또한, 커먼로 국가들의 법원들의 과잉금지원칙 적용에 있어 deference에 관하여 종합적인 연구를 한 Michael Taggart 역시 유사한 견해를 밝힌다(강조 표시는 필자가 추가한 것이다).

Laws 판사가 *International Transport Roth GmbH & Ors v Secretary of State For the Home Department* 사건에서 제시한 기준,⁴⁵⁸⁾ 즉 (1) 행정입법이나 처분보다는 의회가 제정한 법률에 더 많은 deference를 부여하는 것이 적절함, (2) 유럽인권협약 자체에서 제한 가능하다고 규정한 권

보호에 우호적인 방향으로 판단의 경향성을 정해야 한다고 주장한다(Iryna Ponomarenko 2016b, *op. cit.*, p. 134).

456) Sujit Choudhry 2006, *op. cit.*, p. 521; Sharpe와 Roach의 입장도 같다(Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, p. 93).

457) Aileen Kavanagh 2009, *op. cit.*, pp. 237, 238.

458) 영국판결이다. [2002] EWCA Civ 158, paras. 80-87.

리일수록 더 많은 deference를 부여하는 것이 적절함, (3) 민주적 권력의 특정한 책임 영역 내에 있는 사안의 경우 더 많은 deference를 부여하는 것이 적절함, (4) 민주적 권력의 특정한 전문성의 영역 내에 있는 사안의 경우 더 많은 deference를 부여하는 것이 적절함을 고려해 deference를 정하는 것이 타당한데, 이는 열거적인 것이 아니라 예시적이다. 그밖에도 민주적 책임성의 다양한 형태와 효율성, 절차 참여가 보장되었는지 여부, 법원의 업무 부담이나 능력, 판결이 야기하는 재정적 부담, 판결이 개인이나 집단에 미치는 영향 등의 요소를 고려해야 한다.⁴⁵⁹⁾ 이러한 요소들은 한 방향을 가리키는 것이 아니기 때문에 개별 사건의 맥락 안에서만 의미를 가지고 다른 사건에 그대로 적용되기 어렵다. 따라서 deference를 결정하는 명확한 법칙을 고안하는 것은 불가능하다.⁴⁶⁰⁾ 다만, 법원이 각각의 사례에서 deference를 결정하는 요소들을 주의 깊게 심리하여 판결을 하고, 그 결과 이러한 판결들이 집적되면 일종의 가이드라인이나 예측가능성이 서서히 생겨날 수 있으므로 법원은 이러한 노력을 해야만 한다.⁴⁶¹⁾

deference의 작용 방식에 관한 Choudhry, Kavanagh, Taggart 등의 주장은 크게 세 가지로 요약할 수 있다. 첫째, deference를 강화 또는 약화하는 요소들은 다양하고, 그러한 요소들을 종합적으로 고려한 결과가 특정 사건에서 법원이 취하는 deference의 정도가 된다. 둘째, deference는 사건의 구체적 맥락에서 결정되는 것이기 때문에 특정 사건에서 deference 강화의 요소였던 것이 다른 사건에서는 deference 약화의 요소로 작용할 수 있다. 셋째, 여러 가지 요소가 사안별로 복합적인 상호작용을 한 결과 해당 사건에 적합한 구체적인 deference가 결정되므로, deference 법리에서 보이는 비일관성을 자의적 판단과 동의어라고 단정 지을 수는 없다.⁴⁶²⁾

459) Michael Taggart 2008, *op. cit.*, p. 458.

460) *Ibid.* 입법부에 대한 deference의 한계를 추상적으로 설정하는 것은 분석적인 관점에서 불가능하다는 취지로 Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 127.

461) Michael Taggart 2008, *op. cit.*, p. 460.

462) Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 127; Moon은 표현의 자유의 사회적 맥락을 감안하여 Oakes 심사의 다양성을 옹호하는데[Richard Moon, “Justified Limits on Free Expression: The Collapse of the General Approach to Limits on Charter Rights”, *Osgoode Hall Law Journal* Vol. 40, No. 3(2002), pp. 358-361, 364-368], 사회적 맥락과 구체적 사안의 특성 고려는 표현의 자유 이외의 경우에도 deference 부여 정도 다양화 필요성의 논거가 될 수 있다.

4. 소결

- *Oakes* 심사에 있어 각 하위 심사척도를 적용하는 강약 조절은 deference 법리를 통해 이루어진다. deference 법리는 행정소송의 영역에서부터 시작된 것인데, *Oakes* 심사에 있어서는 입법자의 재량을 존중하는 정도를 의미한다. 캐나다 연방대법원은 헌장 제1조에 근거를 두고 *Oakes* 심사에 있어 deference 법리를 귀납적으로 형성해 왔다.
- 캐나다 연방대법원은 *Oakes* 심사에 있어 deference 부여 정도를 결정하기 위하여, 심판대상조항이 대립하는 이해관계를 조정하기 위한 법률인지, 국가가 개인과 일대일의 관계에서 개인의 권리를 제한하는 법률인지, 사회문제에 대처하기 위한 복잡한 규제조치인지, 헌장상 권리 제한이 얼마나 심각한지, 과학적인 증거를 제시하기 어려운 사안인지 등의 요소를 개별 구체적 사안별로 고려한다.
- *Oakes* 심사에 있어서 deference 법리에 대해서는 일관성이 없다는 학설상의 비판이 가해지기도 한다. 반면, 사건의 특성에 맞는 여러 가지 요소를 복합적으로 고려한 결과 사건별로 서로 다른 deference의 정도가 정해지므로, 이를 자의적 판단으로 볼 수는 없다는 견해도 있다.

제3장 *Oakes* 심사의 논증구조 및 적용강도에 대한 이론적 분석

캐나다 연방대법원은 최소피해성과 효과의 비례성의 논증구조에 관해 일관된 태도를 보이고 있지 않다. 뿐만 아니라 *Oakes* 심사의 적용에 있어 deference에 관해서도 대법관들 사이에 의견이 나뉘는 경우가 많다. 최소피해성과 효과의 비례성과 같은 과잉금지원칙의 논증구조나, *Oakes* 심사에 있어 deference와 같은 과잉금지원칙의 적용강도 조절은 예컨대, ‘생명권과 자기결정권 중 어느 것이 우선시되어야 하는지’와 같은 가치판단과 관련된 사안이 아니다. 이는 과잉금지원칙의 논증구조와 적용강도 조절의 법이론적 정당성과 관련된 사안이기 때문에, 법이론적 분석을 통해 그 당부나 우열을 가릴 수 있다.

캐나다 연방대법원의 *Oakes* 심사에 관하여 이론적으로 검증하는 것이 특히 의미 있는 쟁점은 다음의 두 가지이다. 우선, *Oakes* 심사의 논증구조에 관해서는 최소피해성과 효과의 비례성을 엄격히 구별하고 형량은 효과의 비례성 단계에서 하는 것이 타당한지, 아니면 최소피해성과 효과의 비례성을 구별하기 보다는 양자를 합쳐서 논증하고 최소피해성 단계에서도 형량을 하는 것이 타당한지이다. 이는 *Hutterian Brethren* 판결에서의 대법관들 사이의 견해 대립의 핵심적 내용이고, 캐나다 연방대법원의 *Oakes* 심사 논증구조의 주요한 두 흐름이기도 하다. 다음으로, *Oakes* 심사의 적용강도에 관해서는 *Oakes* 심사의 각 하위 판단 단계에 있어서 deference를 부여하여 적용강도를 조절하는 것이 필요한지, 필요하다면 그것이 어떻게 정당화될 수 있는지이다. 이하에서 차례로 살펴본다.

제1절 *Oakes* 심사의 논증구조에 대한 이론적 분석

1. 이론적 분석의 방향

가. 과잉금지원칙 적용의 한 가지 형태로서 *Oakes* 심사의 좌표

서론에서 본 바와 같이 오늘날을 ‘과잉금지원칙의 시대’라고 부를 정도로 과잉금지원칙은 전세계에서 널리 쓰이고 있고, 이에 관해 상당한 정도의 이론적

연구도 이루어졌다. 세계 각국의 최고법원에서 적용하고 있는 과잉금지원칙의 논증구조를 단계적으로 구조화된 방식과 평면적으로 나열된 방식으로 나누어, 전자를 수직적 과잉금지심사, 후자를 수평적 과잉금지심사로 분류하기도 한다.⁴⁶³⁾

수직적 과잉금지심사란, 과잉금지원칙을 몇 가지 하위 원칙으로 구별하여 하위 원칙 충족 여부를 차례대로 심사하는 방식을 말한다. 우리 헌법재판소나 캐나다 연방대법원, 독일 연방헌법재판소의 과잉금지원칙 적용 방식이 그 대표적인 예이다.⁴⁶⁴⁾ 수직적 심사의 가장 큰 특징은 과잉금지원칙을 단계적으로 구조화하여 각 단계의 위반 여부를 순서대로 판단한다는 점이다. 수직적 과잉금지심사는 나라마다 약간의 차이가 있으나 통상 목적의 정당성 원칙, 수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙의 4단계로 구조화된다.⁴⁶⁵⁾

수직적 과잉금지심사의 경우 어느 한 단계를 통과하지 못했을 경우 다음 단계 판단으로 넘어갈 필요는 없다.⁴⁶⁶⁾ 뒤의 판단 단계로 갈수록 판단의 난이도가 높아지므로, 쉬운 판단 단계부터 차례로 심사하는 수직적 과잉금지심사는 판단의 효율성 측면에서 장점이 있다.⁴⁶⁷⁾ 그러나 실무상으로는 예컨대 피해의 최소성 원칙을 통과하지 못했다고 판단한 경우에도 법익의 균형성 원칙까지 판단해 주는 경우도 있다. 또한 같은 수직적 과잉금지심사라 하더라도 우리나라나 유엔인권위원회와 같이 피해의 최소성 원칙에 논증을 집중하는 유형도

463) Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primacy in the European Convention on Human Rights*, Martiuns Nijhoff Publishers(2009), pp. 69-71; Eva Brems, Laurens Lavrysen, “Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Volume 15, Issue 1(2015) p. 141. 이러한 분류는 수직적 심사는 마치 물이 상류에서 하류로 흘러내리면서 갈라지거나 자동판매기에서 동전이 위에서 아래로 떨어지면서 크기에 따라 차례로 분류되듯이, 순차적으로 이루어지고 한 단계를 통과하지 않으면 다음 단계로 넘어가지 않는 특징을 드러내므로 적절하다고 생각한다.

464) 독일과 캐나다의 과잉금지원칙 논증구조가 수직적 과잉금지심사에 해당된다는 점에 관해서는 Jonas Christoffersen, 2009, *op. cit.*, pp. 70-72 참조.

465) Matthias Klatt, Moritz Meister 2012, *op. cit.*, p. 8; Iryna Ponomarenko 2016a, pp. 1111, 1112; Grant Huscroft, Bradley Miller, Grégoire Webber 2014, *op. cit.*, pp. 2, 3. 이는 정당성, 적합성, 필요성, 균형성으로 표현되기도 한다.

466) 판단 순서에 관한 구체적인 해설로, 이재홍, 위의 논문(2017. 12.), 제98-102쪽 참조.

467) 같은 취지에서, “적합성, 필요성, 비례성의 단계로 순차적으로 나아가는 구조상의 서열을 지니고 있다.”는 견해로, 정종섭, 의위 책(2018), 제383쪽; “판단의 효율성을 고려하면, 쉬운 판단부터 차례로 하는 것이 낫다고 본다.”는 견해로, 문재완, 위의 논문(2018), 제26쪽.

있고, 독일과 같이 법익의 균형성 원칙에 논증을 집중하는 유형도 있다.⁴⁶⁸⁾

이에 반해 수평적 과잉금지심사는 과잉금지원칙 위반 여부를 판정하는 요소들 사이에 특별한 순서를 두지 않고 뭉뚱그려 심사하는 방식을 말한다. 유럽인권재판소나 남아프리카공화국 헌법재판소의 과잉금지원칙 적용 방식이 수평적 과잉금지심사에 해당된다.⁴⁶⁹⁾

이와 같은 과잉금지원칙 적용의 다양한 흐름에서 보면 캐나다 연방대법원의 *Oakes* 심사는 수직적 과잉금지심사의 일종으로서 피해의 최소성 원칙에 논증을 집중하다가 2009년의 *Hutterian Brethren* 판결을⁴⁷⁰⁾ 전후로 하여 법익의 균형성 원칙에 집중하는 판례들이 늘어나고 있는 상황이다.⁴⁷¹⁾

최소피해성과 효과의 비례성을 엄격히 구별하고 형량은 효과의 비례성 단계에서 하는 것이 타당한지, 아니면 최소피해성과 효과의 비례성을 구별하기보다는 양자를 합쳐서 논증하고 최소피해성 단계에서도 형량을 하는 것이 타당한지를 판단하기 위해서는 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 이론적으로 자세히 살펴볼 필요가 있다. 다만, 수직적 과잉금지심사에서는 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 판단하기 전에 목적의 정당성 원칙과 수단의 적합성 원칙을 판단하므로, 다음 항에서는 목적의 정당성 원칙과 수단의 적합성 원칙에 대해서 먼저 간략하게 살펴보기로 한다.

나. 목적의 정당성 원칙과 수단의 적합성 원칙 개관

(1) 목적의 정당성 원칙

수직적 과잉금지심사의 첫 단계인 목적의 정당성 원칙은 심판대상조항의 입

468) 유엔인권위원회의 과잉금지원칙 논증구조에 관해서는 Jochen von Bernstorff 2016, *op. cit.*, p. 74 참조. 독일 연방헌법재판소의 법익의 균형성 원칙 논증 경향에 관한 구체적인 통계는 Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 84 참조.

469) Jonas Christoffersen 2009, *op. cit.*, pp. 70-72. 한편, Christoffersen은 수직적 과잉금지심사는 권리를 우선에 두고 그 제한의 정당화 여부를 심사하는 구조인데, 유럽인권협약은 세계인권선언이나 통상적인 국내헌법과 달리 개인의 의무나 연대에 관한 규정이 없이 개인의 권리를 강조할 뿐이기 때문에 유럽인권협약상 권리 침해 여부 위반 심사에 있어서는 수직적 과잉금지심사보다 여러 요소를 폭넓게 고려할 수 있는 수평적 과잉금지심사가 적절하다고 주장한다(Ibid., pp. 73-76); 남아프리카공화국의 경우 예컨대, *S. v Manamela and Another* (CCT 25/99) [2000] ZACC 5 para. 32. 남아프리카공화국의 구체적인 통계는 Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 86 참조.

470) [2009] 2 SCR 567.

471) 캐나다 연방대법원의 종래의 주류적 과잉금지원칙 논증 경향에 관해서는, Patrick Macklem, Carol Rogerson et al. 2010, *op. cit.*, p. 778 참조.

법목적의 헌법이 추구하는 가치에 어긋나지는 않는지 여부를 내용으로 한다. 다만, 목적의 정당성 원칙을 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도로 포함시켜야 하는지는 이론상 견해 대립이 있다.⁴⁷²⁾ 이러한 견해 대립은 이론적으로는 의미 있을지 모르지만, 목적의 정당성 심사를 하는 이상 그것을 과잉금지원칙의 내용으로 보든 별개의 심사척도로 보든 실무상으로는 큰 차이가 없을 것으로 보인다.⁴⁷³⁾

(2) 수단의 적합성 원칙

다음 단계인 수단의 적합성 원칙은 심판대상조항이 입법목적 달성에 기여하는지를 내용으로 한다. 심판대상조항에 의해 입법목적 달성 정도가 조금이라도 높아진다면, 수단의 적합성은 인정된다. 즉, 수단의 적합성 원칙은 완전히 부적합한 수단을 배제하기 위한 것이다.⁴⁷⁴⁾ 이는 *Oakes* 심사에서는 합리적 관련성에 해당되고, 캐나다 연방대법원은 이성과 논리에 근거하여 볼 때 입법목적과 심판대상조항 사이에 ‘조건적 인과관계(causal relationship)’가 있으면 합리적 관련성이 인정된다고 판시한다.⁴⁷⁵⁾

수단의 적합성 원칙은 일견 간단해 보이고 과잉금지원칙 적용 실무에서 중요한 역할을 담당하는 경우가 많지는 않지만, 자칫 형량의 요소를 포함하는 내용으로 잘못 적용할 위험이 있다. 예컨대, *Oakes* 판결에서 캐나다 연방대법원은 마약 소지 사실이 입증될 경우 유통할 목적으로 소지한 것으로 추정하는 내용의 심판대상조항에 대해 합리적 관련성이 없다고 판단하였다. 캐나다 연방대법원은 적은 양의 혹은 무시할 수 있을 정도로 소량의 마약을 소지한 경우에까지도 심판대상조항의 적용대상이 될 수 있기 때문에 심판대상조항은 지나

472) 반대하는 견해로, 이준일, 위의 책(2019), 제352쪽; 정종섭, 위의 책(2018), 제383쪽; 한수웅, 위의 책(2019), 제486쪽; 문재완, 위의 논문(2018), 제26, 27쪽; 허완중, 위의 논문(2019), 제25쪽; Robert Alexy 2017, *op. cit.*, p. 19; Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, p. 388를, 찬성하는 견해로, 성낙인, 헌법학[제19판], 법문사(2019), 제965쪽; 성경엽, 위의 논문(2013. 6.), 제11-12쪽; Aharon Barak, “A Research Agenda for the Future”, *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki Jackson, Mark Tushnet, Cambridge University Press(2017), p. 324를 각 참조.

473) 앞서 살펴본 바와 같이 *Oakes* 심사는 목적의 충분한 중요성을 과잉금지심사와 별개의 단계로 구조화 한다. *Oakes* 심사 중 과잉금지심사는 합리적 관련성, 최소피해성, 효과의 비례성으로 구성될 뿐이다.

474) 계희열, 헌법학(중)[신정2판], 박영사(2007), 제156쪽; 정종섭, 위의 책(2018), 제384쪽; 한수웅, 위의 책(2019), 제491쪽; 황치연, 위의 책(1995), 제66, 70쪽; 허완중, 위의 논문(2019), 제30쪽; Aharon Barak 2012, *op. cit.*, p. 305.

475) *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)* [1995] 3 S.C.R. 199, para. 153.

치게 적용 범위가 넓고, 마약유통이 무기징역형까지 가능한 중대한 범죄라는 점을 고려하면, 심판대상조항은 사안에 따라 합리성과 공정성을 잃을 수 있으므로 합리적 관련성을 충족시키지 못한다고 보았다.⁴⁷⁶⁾

그러나 이는 올바른 합리적 관련성 심사로 보기 어렵다. 마약소지 사실을 곧바로 유통목적 소지로 추정함으로써 유통목적 마약소지자에 대한 검찰의 입증 책임이 완화되어 유통목적 마약소지자에 대한 처벌이 더 확대될 수 있다. 이와 같이 심판대상조항은 입법목적 달성에 기여하므로, 심판대상조항에 대하여 합리적 관련성이 인정된다고 보는 것이 타당하다. 특히 *Oakes* 판결의 합리적 관련성 판단에는 형량에 관한 내용까지 들어 있으므로 합리적 관련성 판단 안에 효과의 비례성 판단까지 한 셈이다. 이와 같은 논증구조에 의할 경우, 합리적 관련성과 그 이후 단계의 심사 사이의 구별이 흐려지므로 이러한 논증구조는 바람직하지 않다.⁴⁷⁷⁾

2. 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙 논증구조 이론

가. 피해의 최소성 원칙

(1) 의의

피해의 최소성 원칙은 ‘심판대상조항이 입법목적을 달성하기에 똑같이 효율적인 여러 가지 수단 중에서 가장 헌법상 권리를 덜 제약하는 수단일 것’을 뜻한다.⁴⁷⁸⁾ 즉, 심판대상조항이 피해의 최소성 원칙을 통과하기 위해서는 심판대상조항과 똑같이 효율적으로 입법목적을 달성하면서도 헌법상 권리를 덜 제약하는 입법대안이 없어야 한다. 이와 같이 피해의 최소성 원칙은 특정한 조건을 만족시키는 입법대안의 ‘부존재’를 검증하는 것이다.

476) *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R., 103, para. 78.

477) Newman 역시 유사한 맥락에서 *Oakes* 심사를 최초로 제시한 판결인 *Oakes* 판결부터 합리적 관련성을 잘못 적용하였다고 주장한다(Dwight Newman 2016, *op. cit.*, pp. 93-95). *Oakes* 판결과 같은 방식의 합리적 관련성 심사는 그 이후의 판례에서는 더 이상 적용되지 않는 것으로 보인다(Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, p. 74).

478) “똑같이 효율적인” 대신 “동일하게 적합한”, “동일하게 효과적인” 혹은 “적합한”이라고도 표현된다. 성낙인, 위의 책(2019), 제966쪽; 신우철, 사례교재 헌법(기본권), 문우사(2018), 제76쪽; 정종섭, 위의 책(2018), 제384쪽; 한수웅, 위의 책(2019), 494쪽; Aharon Barak 2012, *op. cit.*, p. 317; Jorge Silva Sampaio 2018, *op. cit.*, p. 81; Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 38. 현재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 553 등.

따라서 피해의 최소성 원칙은 입법대안의 존부에 심사의 초점이 맞추어진다. 이 점이 피해의 최소성 원칙과 과잉금지원칙의 나머지 하위 위헌심사척도들과의 결정적인 차이이다. 피해의 최소성 원칙과 달리 목적의 정당성 원칙, 수단의 적합성 원칙, 법익의 균형성 원칙에서 심사의 초점은 심판대상조항 자체이다. 목적의 정당성 원칙은 '심판대상조항의' 목적이 정당한지를 심사하고, 수단의 적합성 원칙은 '심판대상조항이' 목적 달성에 기여하는 수단인지를 심사하며, 법익의 균형성 원칙은 '심판대상조항에 의한' 헌법상 권리 제한의 수인가능성을 심사하므로 심사의 초점은 심판대상조항 자체에 맞추어져 있다.

심사의 초점이 입법대안에 맞추어져 있는 피해의 최소성 원칙의 독특한 성격 때문에, 피해의 최소성 원칙은 입법대안의 존부를 검증하는 4단계의 단계적 판단을 순차적으로 해 나가는 것을 내용으로 한다. 이 논문에서는 피해의 최소성 원칙의 4단계 하위 판단 단계를 각각 ① '입법대안 존부 검증단계', ② '목적달성 동일성 검증단계', ③ '대가 동일성 검증단계', ④ '제한 완화 검증단계'라고 칭하기로 한다. 이 네 가지 판단단계를 모두 만족시키는 입법대안이 있으면 심판대상조항은 피해의 최소성 원칙 위반이고, 그러한 입법대안이 없으면 심판대상조항은 피해의 최소성 원칙을 준수한 것이다.⁴⁷⁹⁾ 상정 가능한 입법대안이 여러 개라면 각각의 입법대안에 대해 '목적달성 동일성 검증단계', '대가 동일성 검증단계', '제한 완화 검증단계'의 심사를 반복하는 것이 피해의 최소성 원칙 판단의 구체적 내용이다. 이하에서 위 각 단계에 관해 차례로 살펴보되, 특히 '목적달성 동일성 검증단계'와 '대가 동일성 검증단계'는 간과되는 경우가 있으므로, 그 기능과 필요성에 대해 자세히 살펴본다.

(2) 피해의 최소성 원칙의 논증구조

479) 필자는 종래 발표한 논문에서 '대가 동일성 검증단계'를 판단한 후에 '목적달성 동일성 검증단계'의 판단에 나아가야 한다고 주장하였다[이재홍, 위의 논문(2017. 12.), 제102쪽]. 이 주장은 입법목적달성 정도의 비교와 헌법상 권리제한 정도의 비교의 공통적인 전제조건으로 '입법목적 달성 정도'와 '헌법상 권리 제한 정도' 이외의 '나머지 조건'이 동일하여야 한다는 논리에 기반한 것이다. 이는 여러 변수를 가진 두 가지 대상의 비교라는 일반적인 상황을 염두에 둔 것이다.

다른 한 편, 피해의 최소성 원칙에서는 '나머지 조건'이 청구인의 헌법상 권리 제한 이외에 입법목적 달성을 하기 위해 드는 대가로 구체화 되므로, '목적달성 동일성 검증단계'를 먼저 수행하고, 그에 이은 부수적인 판단으로 '대가 동일성 검증단계'를 검토하는 것도 논리상 가능하다. 또한 이와 같은 순서로 판단하는 것이 피해의 최소성 원칙 판단 내용에 관한 이해를 쉽게 하는 측면도 있다. 이 논문에서는 이와 같은 취지에서 피해의 최소성 원칙의 하위 원칙의 판단순서를 필자의 종래 견해와 달리 서술하기로 한다.

(가) 피해의 최소성 원칙 판단 제1단계: 입법대안 존부 검증단계

피해의 최소성 원칙 판단의 첫 번째 단계는 입법대안의 존재 여부 검토이다. 피해의 최소성 원칙은 심판대상조항과 입법대안들 사이의 비교를 내용으로 한다. 비교를 하려면 비교대상이 있어야 하므로, 심판대상조항의 피해의 최소성 원칙 위반 여부를 판단하려면 우선 비교대상이 될 입법대안이 있어야 한다.⁴⁸⁰⁾ 입법대안은 입법자가 입법과정에서 검토한 것을 상정할 수도 있고, 헌법재판소가 독자적으로 상정할 수도 있다.

만약, 입법대안을 상정할 수 없다면 피해의 최소성 원칙의 다음 하위 판단단계인 ‘목적달성 동일성 검증단계’로 나아갈 필요가 없이 곧바로 심판대상조항은 피해의 최소성 원칙을 충족한다는 결론에 이르게 된다.⁴⁸¹⁾ 따라서 법익의 균형성 원칙 판단으로 이행하면 된다.

입법대안을 상정할 수 없는 경우에도 억지로 피해의 최소성 원칙을 판단하려고 하는 것은 ‘입법대안의 존부 검토’라는 피해의 최소성 원칙 판단의 본질과 맞아떨어지기 어렵다. 따라서 입법대안이 없음에도 피해의 최소성 원칙 논증을 이어가면, 피해의 최소성 원칙이라는 이름 아래 피해의 최소성 원칙이 아닌 다른 무엇인가를 판단하는 결과에 이를 가능성이 높다. 대개의 경우 이 때 ‘피해의 최소성 원칙이 아닌 다른 무엇가’는 ‘형량’이기 때문에, 결국 법익의 균형성 원칙 판단을 선취하는 결과에 이르는 경우가 많다. 그에 따라 정작 법익의 균형성 원칙 판단 단계에 이르면 논증할 것이 거의 남아있지 않게 된다. 결국 법익의 균형성 원칙 논증은 피해의 최소성 원칙 부분에서 선취한 판단 내용을 요약하거나 반복하는 내용의 두 세 문장으로 빈약하게 마무리 할 가능성이 크다.

만약 어떠한 심판대상조항에 대해 입법대안을 상정할 수 있다면, 피해의 최소성 원칙의 두 번째 판단단계인 ‘목적달성 동일성 검증단계’로 이동한다.

480) 한수웅, 위의 책(2019), 제494, 495쪽; Alan Brady 2012, *op. cit.*, p. 208. Brady는 나아가 이러한 이유 때문에 입법부가 제정하는 법률에 비해 목적 달성을 위한 수단 선택의 폭이 좁은 행정처분의 경우 피해의 최소성 원칙이 과잉금지원칙심사에 있어 중요한 역할을 하지 못한다고 주장한다.

481) “필요성의 원칙은 그 개념상 목적 실현을 위한 하나 이상의 적합한 수단이 존재하지 않는다면 판단적으로 기능할 수 없다”[황치연, 위의 책(1995), 73쪽], “입법대안을 찾을 수 없으면 최소제약성은 충족된다”[허완중, 위의 논문(2019), 제32쪽], “공익을 달성할 수 있는 수단이 여러 개 있는 경우에만 피해의 최소성 원칙은 논증 가능하다”(Alan Brady 2012, *op. cit.*, p. 184)는 서술도 모두 같은 의미이다.

(나) 피해의 최소성 원칙 판단 제2단계: 목적달성 동일성 검증단계

1) 의미

‘목적달성 동일성 검증단계’는 입법대안의 입법목적 달성 정도가 심판대상조항의 입법목적 달성 정도와 같아야 한다는 의미이다.⁴⁸²⁾ ‘목적달성 동일성 검증단계’에는 ‘입법 목적을 동일하게 달성하면서도 헌법상 권리 제한은 적게 하는 입법대안이 있음에도 불구하고 그러한 입법대안을 선택하지 않았다면, 심판대상조항은 위헌’이라는 피해의 최소성 원칙 논증의 핵심적인 아이디어가 반영되어 있다.⁴⁸³⁾ 따라서 입법목적 달성 정도를 고려하지 않은 채, 단순히 심판대상조항보다 헌법상 권리를 덜 제한하는 입법대안이 있다는 사실만으로 심판대상조항이 피해의 최소성 원칙에 위반된다고 결론 내린다면, 이는 온전한 피해의 최소성 논증이라고 할 수 없다.⁴⁸⁴⁾

‘목적달성 동일성 검증단계’가 피해의 최소성 원칙의 내용을 이루기 때문에 Barak은 다음과 같이 주장한다.

심판대상조항만큼 입법 목적을 달성하는 입법대안이 없는 경우에는 심판대상조항의 헌법상 권리 제한 정도가 아무리 심각하다 하더라도, 피해의 최소성 원칙은 헌법상 권리 보장을 위한 방어선으로 기능할 수 없다.⁴⁸⁵⁾

482) “입법자가 다 같이 실효적이지만”[게오르그 엘리네크/김효전 옮김, 독일기본권이론의 이해, 법문사(2004), “입법 목적을 실현하기에 적합한”[김종보, “기본권침해 심사기준에 대한 소고 -과잉금지원칙 적용영역에 대한 비판적 고찰을 중심으로-”, 공법학연구 제10권 제3호(2009), 제176쪽], “목적을 실현하는 여러 수단”[이부하, 위의 논문(2007.6.), 제285쪽], “목적달성에 적절한 수단들”[성정엽, 위의 논문(2013. 6.), 제14쪽], “동일한 정도의 적합성을 가지는 수단들 상호간”[황치연, 위의 책(1995), 73쪽], “동일한 효과를 가지는 다른 수단” [Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law -A comparative Study-*, Kluwer Law International(1996), p. 29], “동등하게 효과적인”(Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 38)과 같은 표현들도 모두 같은 의미로 볼 수 있다. 피해의 최소성 원칙은 심판대상조항의 입법목적 달성 정도를 주어진 목표치로 고정시켜 둔 채 이루어진다는 점에서 수단의 적합성 원칙과 공통점이 있다.

483) Aharon Barak 2012, *op. cit.*, p. 541. 이를 잘 보여주는 이스라엘 대법원의 판례로 *Addalah- The Legal Center for the Rights of the Arab Minority v. Minister of Interior* HCJ 7052/03가 있다. 다만, 이 사건은 국가안보라는 입법목적의 특수성 및 이스라엘이 처한 안보위기라는 특수성 때문에 심판대상조항이 달성하려는 입법목적이 간첩의 완벽한 입국방지라는 최고 수준으로 설정된 예외적 사안이다. 유사한 논증구조를 취한 이스라엘 판례로, *Beit Sourik Village Council v. Israel* HCJ 2056/04.

484) 황치연, 위의 책(1995), 제73, 74쪽; Aharon Barak 2007, *op. cit.*, p. 373; Alan Brady 2012, *op. cit.*, p. 56; Dan Meagher, “The Brennan Conception of the Implied Freedom: Theory, Proportionality and Deference”, 30 *University of Queensland Law Journal*(2011), p. 127; Guy Davidov 2000, *op. cit.*, pp. 198, 199.

만약, ‘목적달성 동일성 검증단계’를 통과하는 입법대안이 없다면, ‘대가 동일성 검증단계’와 ‘제한 완화 검증단계’를 추가로 검토할 필요 없이 곧바로 심판대상조항은 피해의 최소성 원칙을 만족시키게 된다.⁴⁸⁶⁾ 이러한 경우에는 법익의 균형성 원칙 판단으로 이행하면 된다.

2) 목적달성 동일성 검증단계의 기능과 필요성

피해의 최소성 원칙이 ‘심판대상조항보다 헌법상 권리를 덜 제한하는 입법대안이 없을 것’만을 내용으로 한다면, 거의 모든 법률이 피해의 최소성 원칙을 만족시키지 못하여 위헌이 될 것이다. 심판대상조항보다 헌법상 권리 제한이 덜할 것만을 조건으로 한다면, 그러한 입법대안은 얼마든지 상정할 수 있는 경우가 많기 때문이다. 그러나 입법자는 헌법상 권리 제한을 최소화하기 위해 입법을 한 것이 아니라, 헌법상 권리 제한을 감수하고도 특정 입법목적은 달성하기 위하여 심판대상조항을 제정한 것이다. 따라서 심판대상조항보다 헌법상 권리 제한 정도가 덜한 입법대안의 존재만을 근거로 헌법재판소가 심판대상조항에 의한 헌법상 권리 제한이 지나치다는 결론에 이르려면, 그 입법대안은 심판대상조항만큼 입법목적은 달성할 수 있다는 전제조건을 만족시켜야 한다. 이러한 이유 때문에 ‘목적달성 동일성 검증단계’가 필요하다.⁴⁸⁷⁾ 이 단계를 간과하는 경우의 문제점에 대해 Davidov는 아래와 같이 지적한다(밑줄은 필자).

재판관이 합헌의 결론을 원하면 법익의 균형성 원칙을 제대로 판단하지 않고 스쳐지나가고, 위헌의 결론을 원하면 똑같이 동일한 정도로 목적을 달성할 수 없는 대안을 제시하면서 피해의 최소성 원칙 위반이라고 선언하는 경향이 있다.⁴⁸⁸⁾

피해의 최소성 원칙은 필요성(necessity)으로 표현되기도 한다. 이는 심판대상조항에 의한 헌법상 권리 제한이 ‘입법목적달성을 위해 필요한 것인지’를 묻는 것이다. 따라서 입법목적은 심판대상조항만큼 달성하지도 못하면서 헌법상 권리 제한 정도만 심판대상조항보다 덜한 입법대안이 있다는 이유를 들어 심

485) Aharon Barak 2007, *op. cit.*, p. 373.

486) Nicholas Emiliou 1996, *op. cit.*, p. 29.

487) 물론, 입법대안이 심판대상조항보다 입법목적은 달성하는 정도가 더 높아도 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 만족시킨다. 다만, 현실적으로 이러한 경우는 거의 없기 때문에 피해의 최소성 원칙에 ‘심판대상조항과 같거나 더 많이 입법목적은 달성할 것’이라는 표현 대신 ‘심판대상조항과 동일한 정도로 입법목적은 달성할 것’이라는 표현이 사용되는 것으로 보인다.

488) Guy Davidov 2000, *op. cit.*, p. 200.

판대상조항이 입법목적 달성을 위해 불필요한 조치라고 결론내리는 것은 비합리적이다. 입법대안과 비교해 볼 때, 심판대상조항이 입법목적 달성을 위해 불필요한 헌법상 권리 제한을 가하고 있는지 여부는 입법대안이 심판대상조항과 동일한 정도로 입법 목적을 달성한다는 전제 조건이 만족되어야 비로소 판단할 수 있다.

통상 헌법상 권리 보장의 정도와 입법목적 달성의 정도는 제로섬(zero-sum) 관계에 있다. 따라서 어느 한 쪽을 중시하면 할수록 다른 한 쪽은 실현하기 어렵게 된다. 이러한 이유 때문에 심판대상조항보다 헌법상 권리 제한의 정도가 적은 입법대안들은 대개의 경우 입법목적의 달성 정도 또한 심판대상조항보다 적다. 따라서 많은 경우 입법대안들은 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 통과하지 못한다. 즉, ‘목적달성 동일성 검증단계’가 있기 때문에 피해의 최소성 원칙은 구조적으로 강력한 위헌심사척도가 되기 어렵다.⁴⁸⁹⁾

‘목적달성 동일성 검증단계’는 자칫 생략하기 쉽다. 이 점에 관해 Klatt과 Meister는 유럽인권재판소의 판례에⁴⁹⁰⁾ 나타난 피해의 최소성 원칙 적용상의 오류에 대해 다음과 같이 평가한다(강조는 원문과 같다).

충격적이게도, 다수의견과 소수의견 모두 피해의 최소성 원칙을 정확하게 적용하는 데에 실패했다. (중략) 다수의견과 소수의견 모두 오류이다. 왜냐하면 양자 모두 피해의 최소성 원칙을 불완전하게 적용했기 때문이다. 단지 덜 제한적인 다른 수단이 있다고 해서 심판대상조항이 피해의 최소성 원칙 위반인 것이 아니다. 여기에 더하여 덜 제한적인 입법대안이 심판대상조항만큼 입법 목적을 달성하기에 적절해야 한다. 가상의 입법대안이 심판대상조항보다 덜 권리 제한적일 **뿐만 아니라** 동시에 심판대상조항만큼 입법 목적을 달성하기에 적절할 때에만 심판대상조항은 피해의 최소성 원칙 위반이다.⁴⁹¹⁾

어떠한 입법대안이 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 통과하면, ‘대가 동일성 검증단계’ 판단으로 이동한다.

489) Charles-Maxime Panaccio 2017, *op. cit.*, p. 662. 이와 반대되는 견해로 예컨대, 김대환, 위의 논문(2006. 12.), 제36쪽; 이명웅, “비례의 원칙의 2단계 심사론”, 헌법논총 제15집(2004), 제514쪽; David Bilchitz 2016, *op. cit.*, pp. 44-46.

490) *Otto-Rreminger-Institute v Austria* (1994), Appl no 13470/87.

491) Matthias Klatt, Moritz Meister 2012, *op. cit.*, p. 156.

(다) 피해의 최소성 원칙 판단 제3단계: 대가 동일성 검증단계

1) 의미

‘대가 동일성 검증단계’는 입법대안이 심판대상조항과 같은 정도로 입법목적
을 달성함에 있어 심판대상조항보다 많은 대가를 치르지 말아야 한다는 것이
다. 이는 ‘똑같이 효율적으로’라고 표현되기도 한다.⁴⁹²⁾ 예컨대, 어떠한 입법대
안이 심판대상조항이 제한하지 않는 제3자의 헌법상 권리를 제한한다면 이러
한 입법대안은 심판대상조항보다 더 많은 대가를 치르면서 심판대상조항만큼
입법 목적을 달성하는 입법대안이다. 이러한 입법대안이 존재한다는 이유를 들
어 심판대상조항을 피해의 최소성 원칙 위반이라고 결론지을 수는 없다. 이것
이 ‘대가 동일성 검증단계’의 의미이다.

2) 대가 동일성 검증단계의 기능과 필요성

심판대상조항과 똑같이 효율적인 대안만 피해의 최소성 원칙에서 고려되는
이유는, ‘두 개 변수 사이의 단순 비교를 통한 위헌 결론 도출’이라는 피해의
최소성 원칙의 단순한 논리 구조 때문이다. 피해의 최소성 원칙은 심판대상조
항과 관련된 무수히 많은 공익 중 ‘심판대상조항의 입법목적’이라는 공익, 그
리고 심판대상조항과 관련된 무수히 많은 사익 중 ‘심판대상조항에 의해 제한

492) 예컨대, Barak은 피해의 최소성 원칙을 ① 입법대안이 심판대상조항과 동등하게 입법목적
을 달성할 것 및 ② 입법대안이 심판대상조항보다 헌법상 권리 제한의 정도가 적을 것이라는 두 가
지 세부원칙으로 구성된다고 보는데[Aharon Barak 2012, *op. cit.*, pp. 323, 326], 위 ①의 의
미를 ‘입법대안이 달성 정도 및 효율성의 측면에서 심판대상조항과 동등하게 입법 목적을 달성하
는지(whether alternative means can fulfill the law’s purpose at the same level of
intensity and efficiency as the means determined by the limiting law)’라고 설명한다(*Ibid.*,
323). 위 설명 중 “달성 정도의 측면에서 동등하게(same level of intensity)”가 ‘목적달성 동일
성 검증단계’에 해당되고, “효율성의 측면에서 동등하게(same level of efficiency)” 부분이 ‘대
가 동일성 검증단계’에 해당된다. 우리나라 문헌 중 “다른 조건이 동일할 때”[이준일, 위의 논문
(2009. 6.), 제31쪽]라는 표현도 ‘대가 동일성 검증단계’의 표현으로 볼 수 있다. 피해의 최소성
원칙을 간단하게 정의하는 경우에도 ‘목적달성 동일성 검증단계’와 ‘대가 동일성 검증단계’는 생
략하지 않는다(예컨대, Sampaio 2018, *op. cit.*, p. 81).

우리 헌법재판소 결정례 중에서도 “입법 목적을 달성하기에 똑같이 효율적인 수단 중에서”라는
표현이 사용되는 경우가 있다(예컨대, 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 553; 헌
재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 판례집 14-2, 268, 278; 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집
11-1, 675, 713; 헌재 2004. 1. 29. 2001헌바30, 판례집 16-1, 69, 81; 헌재 2003. 9. 25.
2003헌마106, 판례집 15-2상, 516, 533; 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2,
927, 948; 헌재 2006. 1. 26. 2005헌바18, 판례집 18-1상, 1, 19; 헌재 2003. 2. 27. 2002헌
바4, 판례집 15-1, 205; 헌재 1997. 4. 24. 95헌마90, 판례집 9-1, 474, 484; 헌재 1996. 12.
26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680).

되는 청구인의 헌법상 권리'이라는 사익만을 뽑아내어 심판대상조항과 입법대안을 비교하는 단순논리로 위헌의 결론을 도출한다. 따라서 그러한 단순비교를 통해 얻은 '피해의 최소성 원칙 위반으로 위헌'이라는 결론이 정당하려면, 위 두 가지 요소 외의 다른 요소들이 동일하다는 전제조건이 반드시 필요하다. 입법자는 '심판대상조항의 입법목적'과 '심판대상조항에 의해 제한되는 청구인의 헌법상 권리' 이외에도 온갖 현실적 제약과 대립하는 가치들을 고려하여 심판대상조항을 만들었는데, 헌법재판소가 그러한 각종의 제약이 없을 경우에 비로소 실현가능한 입법대안을 제시하면서, 그 입법대안이 심판대상조항만큼 입법 목적을 달성하면서 심판대상조항보다 청구인의 헌법상 권리를 덜 제한한다는 이유만으로 심판대상조항을 위헌으로 선언하는 것은 논리의 비약이기 때문이다.

입법목적을 달성하기 위해 막대한 예산이 필요한 입법대안이나 심판대상조항이 제한하지 않는 제3자의 헌법상 권리를 제한하는 입법대안이 '대가 동일성 검증단계'를 통과하지 못하는 입법대안의 대표적인 예이다.⁴⁹³⁾ 이러한 입법대안이 있다고 해서 심판대상조항이 곧바로 피해의 최소성 원칙 위반이 되는 것은 아니다. Grimm은 이와 같은 이치를 다음과 같이 설명한다.

직업의 자유와 재산권에 관계된 법률처럼 경제적 제한을 가하는 법률의 경우, 청구인에게 재정적 지원을 하거나 다른 사람에게 그런 경제적 부담을 전가하는 것을 통해 덜 침익적인 입법대안을 언제든지 만들어 낼 수 있다. 이러한 대안들이 있다고 해서 심판대상조항이 피해의 최소성 원칙에 위반되는 것은 아니다.⁴⁹⁴⁾

Grimm이 예로 든 위 사안에서, 청구인에게 재정적인 지원을 하는 것은 추

493) 예컨대, 양심적 병역거부자를 형사처벌하는 법률조항이 심판대상조항인 경우, 용병제라는 입법대안이 용병들에게 충분한 급여를 주어 국방력 유지라는 입법목적을 심판대상조항과 동일하게 달성한다 하더라도, 이는 심판대상조항을 피해의 최소성 원칙 위반으로 만들 수 없다. 용병제는 추가적인 재정 부담을 발생시키기 때문이다. 이와 같은 경우에는 국방력 유지, 양심의 자유, 공적 자원의 효율적 사용이라는 세 가지 변수가 관련되기 때문에 두 개의 변수 사이의 단순 비교만 소화할 수 있는 피해의 최소성 원칙으로는 위헌 여부를 제대로 판단할 수 없다.

또한, 양심적 병역거부자에 대한 병역 면제로 인한 병력손실을 여성에 대한 징병을 통해 보충하는 입법대안을 상정할 경우, 이러한 입법대안 역시 심판대상조항을 피해의 최소성 원칙 위반으로 만들 수 없다. 여성징병제는 심판대상조항이 제한하지 않는 다른 사람(징병되는 여성)의 헌법상 권리를 추가로 제한하기 때문이다. 이 경우에도 세 가지 변수가 관련되므로 피해의 최소성 원칙으로는 적절한 결론에 이를 수 없다.

494) Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, p. 390.

가적인 비용을 필요로 하는 것이고, 다른 사람에게 경제적 부담을 가하는 것은 심판대상조항이 제한하지 않는 제3자의 헌법상 권리를 추가로 제한하는 것에 해당된다. 양자 모두 심판대상조항은 치르지 않는 추가적인 대가에 해당된다.

심판대상조항과 입법목적 달성 정도가 동일하고 헌법상 권리는 덜 제한하지만, 이를 위해 추가적인 대가를 치러야 하는 입법대안과 심판대상조항을 공정하게 비교하려면, '입법목적 달성의 정도', '헌법상 권리 제한의 정도', '추가적인 대가'라는 세 가지 변수를 종합적으로 고려하여 심판대상조항이 적절한 균형관계를 실현한 것인지를 살펴야 한다. 피해의 최소성 원칙은 논리적으로 '입법목적 달성 정도'와 '헌법상 권리 제한 정도'라는 두 개의 변수 사이의 비교만을 소화할 수 있을 뿐이기 때문에, 셋 이상의 변수가 등장하면 제대로 기능할 수 없다. 셋 이상의 변수가 관련될 경우의 비교는 법익의 균형성 원칙 단계에서 이루어져야 한다.⁴⁹⁵⁾ '입법목적 달성 정도'와 '헌법상 권리 제한 정도' 이외에 '추가적인 대가'와 같은 제3의 변수가 등장하면 법익의 균형성 원칙이라는 비교 도구를 사용해야 적절한 결론을 내릴 수 있다.

만약 '대가 동일성 검증단계'를 만족하는 입법대안이 없다면, 심판대상조항은 피해의 최소성 원칙을 만족시킨다. 따라서 '제한 완화 검증단계'로 이행할 필요 없이 곧바로 법익의 균형성 원칙 판단으로 이행하면 된다.

(라) 피해의 최소성 원칙 판단 제4단계: 제한 완화 검증단계

심판대상조항에 대한 입법대안을 상정할 수 있고, 그 입법대안이 '목적달성 동일성 검증단계'와 '대가 동일성 검증단계'를 통과하고 나면, '제한 완화 검증단계'로 나아간다. 즉, 해당 입법대안에 의한 헌법상 권리 제한의 정도가 심판

495) Aharon Barak 2012, *op. cit.*, p. 353; Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, p. 390. 이와 관련해 Alexy는 건설현장에서 유상으로 파견근로자를 알선하는 것을 전면적 금지하는 법률조항의 파잉금지원칙 위반 여부에 관한 독일연방헌법재판소의 결정을[BVerfGE 77, 84(110f.)] 예로 든다. 유상파견근로자알선업이라는 직업수행의 자유를 덜 제한하는 입법대안으로 유상파견근로자알선업을 허용하되 건설현장별로 단속을 강화하는 덜 제한적인 수단을 상정할 수 있다. 건설현장별 단속강화를 철저히 하는 입법대안도 유상파견근로자알선업을 전면적으로 금지하는 심판대상조항과 같은 정도로 불법적인 직업알선관행을 뿌리 뽑을 수 있다. 그러나 단속강화라는 입법대안을 실행하려면 단속을 위한 인적, 물적 설비를 갖추어야 하므로, 추가적인 재정지출이 필요하다. 추가적인 재정지출은 단속강화를 하지 않았다면 다른 용도로 쓰일 공적 자원을 단속강화에 옮겨 쓰는 것이므로, '공적 자원의 효율적인 사용'이라는 헌법적 가치를 추가로 제한한다. 이렇게 될 경우 직업의 자유, 불법적인 직업알선관행근절, 공적 자원의 효율적인 사용이라는 세 가지 가치를 복합적으로 고려해야 된다. 이는 피해의 최소성 원칙이 아니라 법익의 균형성 원칙에서 논의해야 한다(Robert Alexy 2002, *op. cit.*, pp. 400, 401).

대상조항에 의한 헌법상 권리 제한의 정도보다 적은지 여부를 살핀다. 만약, 입법대안에 의한 헌법상 권리 제한의 정도가 심판대상조항에 의한 헌법상 권리 제한의 정도보다 적다면, 심판대상조항은 피해의 최소성 원칙 위반이다. 반대로, 입법대안에 의한 헌법상 권리 제한이 심판대상조항에 의한 헌법상 권리 제한보다 크다면 심판대상조항은 피해의 최소성 원칙을 만족한다.

‘제한 완화 검증단계’에서 주의할 점은, 이 단계에서 심판대상조항에 의한 헌법상 권리 제한 정도를 살펴보는 것은 어디까지나 입법대안과의 비교를 위한 것일 뿐이라는 점이다. 즉, ‘제한 완화 검증단계’에서 이루어지는 헌법상 권리 제한 정도에 대한 분석의 초점은 심판대상조항에 의한 헌법상 권리 제한 정도가 심판대상조항이 달성하려는 입법목적의 정도에 비하여 수인할 수 없을 정도로 심한지가 아니다. ‘제한 완화 검증단계’에서는 심판대상조항에 의한 헌법상 권리 제한 정도가 입법대안에 의한 헌법상 권리 제한 정도에 비하여 상대적으로 심한지만을 살필 뿐이다. 이 점이 법익의 균형성 원칙에서 이루어지는 헌법상 권리 제한 정도에 대한 분석과의 결정적인 차이이다. 그러한 이유 때문에 심판대상조항의 헌법상 권리 제한 정도가 입법대안의 헌법상 권리 제한 정도보다 적어 심판대상조항이 피해의 최소성 원칙을 만족시킨다 하더라도, 심판대상조항의 헌법상 권리 제한 정도가 심판대상조항의 입법목적 달성 정도에 비추어 볼 때 지나치게 심하여 법익의 균형성 원칙에 위반되는 경우가 생길 수 있다.

큰 그림에서 보면, 심판대상조항에 의한 헌법상 권리 제한도 입법 목적을 달성하기 위해 치러야 하는 대가의 일종이다. 따라서 제한 완화 검증단계는 결국 입법 목적을 달성하기 위해 치러야 하는 대가들 중 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리’라는 대가가 최소화되었는지를 판단하는 것이다. 이렇게 보면 피해의 최소성 원칙의 각 하위 검증단계들인 ‘입법대안 존부 검증단계’, ‘목적달성 동일성 검증단계’, ‘대가 동일성 검증단계’, ‘제한 완화 검증단계’는 ‘입법목적 달성을 위한 최소한의 대가 지불’이라는 동일한 이념을 향하고 있음을 알 수 있다. 따라서 피해의 최소성 원칙 판단의 본질은 ‘목적 달성을 위한 효율성 판단’이다.

나. 법익의 균형성 원칙

(1) 의의

법익의 균형성 원칙은 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’ 사이에 적절한 균형관계가 있어야 한다는 의미이다.⁴⁹⁶⁾ 법익의 균형성 원칙은 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 공익과 그로 인해 제한되는 헌법상 권리 사이의 적절한 균형관계’라고 표현되기도 하고,⁴⁹⁷⁾ ‘헌법상 권리 제한의 정도는 추구하는 목적(공익)의 중요성이나 비중과 적정한 비례관계에 놓여야 한다’라고 정식화되기도 하며,⁴⁹⁸⁾ ‘하나의 원리가 제한되는 정도가 크면 클수록, 이를 제한하는 다른 원리의 중요성이 커야 한다’고 표현되기도 한다.⁴⁹⁹⁾ 우리 헌법재판소는 통상 ‘입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다’는 표현을 사용한다.⁵⁰⁰⁾

법익의 균형성 원칙 판단은 (1) 측정,⁵⁰¹⁾ (2) 비교형량의 2단계로 구성된다. ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’를 비교하려면 먼저 양자 각각의 크기를 측정해야 한다. 이러한 측정이 법익의 균형성 판단의 첫 단계이다.

‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’ 각각의 크기를 측정한 다음에 양자를 비교하여 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’가 과연 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’를 정당화하기 위해 충분한지를 판단하는 것이 법익의 균형성 판단의 두 번째 단계인 ‘비교형량’이다. 이 논문에서는 법익의 균형성 원칙 판단의 두 번째 단계에서

496) 법익의 균형성에서의 비교 대상인 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’는 그 용어가 심판대상조항, 입법목적, 헌법상 권리, 가치와 같이 일반적인 의미를 가지는 단어들로 이루어져 있으므로 혼동을 방지하고 이해를 돕기 위해 글씨체를 구별하여 표시하기로 한다.

497) 게오르그 옐리네크/김효전 옮김, 위의 책(2004), 제404쪽; 성낙인, 위의 책(2019), 제970쪽; 신우철, 위의 책(2018), 제76쪽; Aharon Barak 2012, *op. cit.*, p. 340.

498) 한수웅, 위의 책(2019), 제498쪽; 허영, 한국헌법론[전정15판], 박영사(2019), 제306쪽.

499) Alexy는 이를 형량 제1법칙(first Law of Balancing) 또는 실체적 요소에 관한 형량법칙(substantive Law of Balancing)이라 한다. 원문은 다음과 같다. The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other(Robert Alexy 2002, *op. cit.*, p. 401).

500) 현재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 878 등

501) 과학철학의 관점에서 헌법상 권리 제한 정도의 측정이 가능하다는 연구로 Jorge Silva Sampaio 2018, *op. cit.*, pp. 89-96 참조.

이루어지는 이러한 비교를 일반명사로서의 ‘비교’와 구별하기 위해 ‘비교형량(balancing)’이라고 부르기로 한다. 비교형량은 ‘입법목적이나 헌법상 권리 중 어느 하나를 우선시할 경우 포기해야 할 기회비용의 비교’ 혹은 ‘양자 중 어느 하나를 선택할 경우의 수인가능성의 비교’와도 같은 말이다.⁵⁰²⁾ 비교형량의 구체적인 내용이 무엇인지, 비교형량이 어떻게 가능한지에 대해서는 많은 의문이 제기되고 있으므로,⁵⁰³⁾ 이하에서 자세히 살펴본다.

(2) 법익의 균형성 원칙의 논증구조

(가) 비교형량의 대상

비교형량에 있어 비교 대상은 ‘입법목적과 헌법상 권리’, ‘공익과 사익’ 등으로 표현되는 경우도 많다. 하지만, 과잉금지원칙은 구체적인 사건에서 청구인의 헌법상 권리 침해 여부를 판단하기 위한 것이므로 그 하위 원칙인 법익의 균형성 원칙에서 이루어지는 비교는 추상적인 법익의 비교가 아니다. 법익의 균형성 원칙은 대립하는 헌법 원리 사이의 절대적인 우열을 가리는 것이 아니

502) 독일연방헌법재판소는 통상 ‘수인가능성’으로 표현한다. 즉, 법익의 균형성 원칙은 ‘심판대상 조항에 의해 공익을 달성할 수 있다 하더라도 그로 인해 헌법상 권리의 주체에게 수인할 수 없을 정도의 헌법상 권리 제한을 가해서는 안 된다’고 말할 수 있다[게오르그 엘리네크/김효전 옮김, 위의 책(2004), 404, 405쪽; 호어스트 드라이어/정문식 옮김, 독일기본법 주해서, 헌법재판소(2016), 140쪽]. 독일연방헌법재판소와 같이 법익의 균형성 원칙을 정의하는 견해로, 게하열, 위의 책(2007), 제158쪽; 정종섭, 위의 책(2018), 385쪽. Grimm은 독일 연방헌법재판소의 법익의 균형성 원칙 비교를 다음의 ①, ② 사이의 비교라고 표현하는데, 이는 기회비용 혹은 수인가능성의 비교라는 의미이다. “①심판대상조항을 유지할 경우에 발생하는 헌법상 권리에 대한 손실의 정도와 ②헌법상 권리를 우선시할 경우에 발생하는 심판대상조항이 보호하는 가치에 대한 손실의 정도”[Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, p. 393. ①, ②는 이해의 편의를 위해 필자가 추가한 것이다]. da Silva는 이를 “trade-offs”의 비교라고 표현한다[Virgilio Afonso da Silva, “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 31, No. 2(2011) pp. 285-287].

503) 이에 관한 대표적인 견해가 이른바 ‘비교불가능(incommensurability)’이라는 반론(이하, ‘비교불가론’이라 한다)이다. 이 견해는 법익의 균형성 원칙에서 이루어지는 심판대상조항의 입법목적과 그로 인해 제한되는 헌법상 권리 사이의 비교가 원리적으로 불가능하다고 주장한다. 비교불가론에 따르면, 법익의 균형성 원칙은 원리적으로 불가능한 비교를 ‘비교형량’이라는 이름 아래 가능한 것처럼 보이게 만드는 것일 뿐이다. ‘비교불가능’의 영어 표현인 ‘incommensurability’는 수학에서 비롯된 용어로서 통상 ‘통약불가능’으로 번역되는데, 같은 단위로 나눌 수 없다는 의미이다. 비교불가론은 요컨대, 비교란 같은 단위를 사용하여 측정될 수 있는 것 사이에서만 가능한 것인데, 심판대상조항의 입법목적과 그로 인해 제한되는 헌법상 권리는 같은 단위로 측정될 수 없는 대상이기 때문에 서로 비교할 수 없다는 것이다(대표적으로, Stavros Tsakyrakis 2009, *op. cit.*, p. 471). 비교불가론에 의하면, 법익의 균형성 원칙은 법관의 자의를 은폐하는 허구에 불과하다. 흔히 비교불가론을 설명할 때 드는 비유를 들자면, 사과와 오렌지의 우열은 논리적 비교의 대상이 아니라 법관의 취향의 차이라는 것이다. 비교불가론에 관한 종합적인 최근 논의로 Francisco Urbina 2017, *op. cit.*, pp. 39-74 참조.

라, 구체적인 특정 상황에서 어떠한 헌법원리가 다른 헌법원리에 얼마만큼 상대적 우위를 점해도 좋은지를 정하는 것이다.⁵⁰⁴⁾ 이 점을 분명히 드러내기 위해 이 논문에서는 비교형량의 대상을 지칭할 때 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’ 및 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’라는 표현을 사용하기로 한다.

Beatty는 비교형량 대상의 구체성이 과잉금지심사에서 차지하는 의의와 중요성을 다음과 같이 강조한다.

과잉금지심사는 특정한 권리나 도덕적 가치의 추상적 우월성을 전제로 하는 것이 아니라 구체적 사실에 기반한 비교형량을 하는 것이므로, 과잉금지심사에는 다른 종류의 사법심사에서 찾아볼 수 없는 객관성과 독자성이 있다.⁵⁰⁵⁾

(나) 측정

비교형량은 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’, ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’ 각각을 측정한 이후에 가능하다. 그런데 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’는 절대량을 측정할 단위가 없다. ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’ 역시 양적으로 측정 가능한 것이 아니다.

그러나 심판대상조항이 있는 상황과 없는 상황의 양자를 비교함으로써 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’의 상대적인 위치는 가늠할 수 있다.⁵⁰⁶⁾ ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’도 양적으로 측정할 수 없지만, 같은 방식으로 상대적으로 가늠해 볼 수 있다. 즉, 심판대상조항이 없다고 가정할 때 헌법상 권리 실현의 정도와 심판대상조항에 의해 헌법상 권리가 제한된 현재의 상황을 비교함으로써 ‘심판대상조항에

504) 한수웅, 위의 책(2019), 제498, 499쪽; 황치연, 위의 책(1995), 제88쪽; Aharon Barak 2012, *op. cit.*, p. 346.

505) David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press(2004), *op. cit.*, pp. 170, 171.

506) Robert Alexy 2002, *op. cit.*, p. 407. 상대적인 위치를 가늠하는 것 자체가 과학철학에서 논의되는 ‘측정’의 특질을 모두 갖춘 것이라는 주장으로 Jorge Silva Sampaio 2018, *op. cit.*, pp. 89-96. 이러한 방식의 상대적 측정은 수량화 불가능한 대상들에 대해서도 가능하다는 점이 중요하다. 예컨대, 오늘 하루 맑은 공기가 얼마나 소중한지는 양으로 측정할 수 없다. 그러나 미세 먼지가 많은 날을 상상해 보고 그 날과 오늘이 다른 점들을 구체적으로 열거해보면 오늘 하루 맑은 공기의 소중함을 상대적으로 가늠할 수 있다.

의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치'를 가늠할 수 있다. 이는 구체적인 맥락에서의 가치를 측정하는 것이므로, 당해 사안을 둘러싼 모든 규범적, 사실적 고려요소들을 낱낱이 제시하고 평가하는 것이 중요하다.⁵⁰⁷⁾ 이 측정을 위해 실증적 자료는 물론이고 상당한 정도의 규범적 평가가 필요하다.⁵⁰⁸⁾

결국 법익의 균형성 원칙에서 비교형량을 하려면, '심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치'와 '심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치' 각각에 대해 심판대상조항이 있을 때의 상황을 없을 때의 상황과 비교하여 각각의 상대적인 위치를 가늠해 보는 측정 작업이 필요하다. 그리고 이 측정 작업은 매우 다양한 요소를 포괄하므로 길이나 무게와 같은 단선적이고 1차원적인 측정이라기보다는 풍선에 가해지는 압력처럼 다원적이고 다차원적인 측정이다.⁵⁰⁹⁾

'심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치'와 '심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치' 각각의 측정은 심판대상조항이 있는 상태와 없는 상태의 비교는 물론이고, 심판대상조항이 있는 상태와 입법대안이 있는 상태와의 비교로도 가능하다. 이 때 피해의 최소성 원칙의 하위 심사 단계 중 '목적달성 동일성 검증단계'나 '대가 동일성 검증단계'에서 탈락한 입법대안이 비교의 대상으로 사용될 수 있다.⁵¹⁰⁾ 피해의 최소성 원칙에서는 심판대상조항과 입법대안의 비교를 통해 곧바로 피해의 최소성 원칙 준수 또는 위반의 결론에 이르게 된다. 그러나 법익의 균형성 원칙에서 심판대상조항과 입법대안을 비교하는 것은 그 자체로 법익의 균형성 원칙 준수 또는 위반 여부를 결정하기 위한 비교가 아니다. 이 점이 법익의 균형성 원칙 단계

507) Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, pp. 393, 394; Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 39.

508) Aharon Barak 2012, *op. cit.*, pp. 349, 350.

509) Jorge Silva Sampaio 2018, *op. cit.*, pp. 99-101. Sampaio는 이러한 관점에서 Alexy의 중요도 공식 대신 아래와 같은 “압력 공식”을 제시한다. (1) 헌법상 권리 규범에 대한 압축이 심하면 심할수록 그와 같이 압축할 이유가 강력해야 하고 그로 인해 만족되는 규범을 적용해야 할 이유가 강력해야 한다.; (2) 제한되는 규범에 가해지는 압력이 크면 클수록 그와 반대되는 규범을 만족시켜야 할 이유가 강해야 한다.

510) 황치연, 위의 책(1995), 74쪽; Jorge Silva Sampaio 2018, *op. cit.*, pp. 81, 82; Kai Möller 2012, *op. cit.*, pp. 195, 196; Robert Alexy 2002, *op. cit.*, pp. 400, 401. 이러한 논증방법은 독일 연방헌법재판소가 법익의 균형성 원칙 판단의 합리성을 증진시키기 위해 사용하는 네 가지 주요한 수단 중 하나이다(Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 165, 169). 이를 잘 보여주는 이스라엘 판례로, *Beit Sourik Village Council v. Israel*, HCJ 2056/04. 이와 같이 심판대상조항만큼 입법목적을 달성할 수 없는 입법대안이 법익의 균형성 원칙 부분에서 다시 등장한다는 외관만을 놓고 피해의 최소성 원칙 단계와 법익의 균형성 원칙 단계를 엄격히 구별할 실익이 없다고 보는 것은 본말이 전도된 것이다.

에서 이루어지는 심판대상조항과 입법대안의 비교와 피해의 최소성 원칙 단계에서 이루어지는 심판대상조항과 입법대안의 비교 사이의 분명한 차이점이다. 법익의 균형성 원칙에서 이루어지는 심판대상조항과 입법대안의 비교는 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’, ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’ 각각을 측정하기 위한 것에 불과하다. 법익의 균형성 원칙 위반이나 준수 여부를 결정하기 위한 비교는 이러한 측정이 완료된 이후에 이루어질 뿐이다.

(다) 비교형량

‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’, ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’ 각각을 측정하였으면, 양자를 비교하는 비교형량 단계로 진행한다. 양자 사이의 비교가 가능한지, 구체적으로 어떻게 비교할 수 있는지를 차례로 살펴본다.

1) 비교의 종류: 상대적 우열 비교와 절대적 계량 비교

A와 B라는 두 가지 대상을 비교하는 방법으로 상대적 우열 비교와 절대적 계량 비교를 생각해 볼 수 있다.⁵¹¹⁾ ‘상대적 우열 비교’는 ‘A가 B보다 더 낫다’, ‘A가 B보다 더 못하다’, ‘A나 B나 차이가 없다’의 셋 중 하나의 결론에 이르는 비교이다. 상대적 우열 비교는 A와 B의 절대적 가치를 모르거나, A가 B보다 정확히 얼마나 더 좋거나 나쁜지를 몰라도 가능하다. 예컨대 10,000원으로 ‘4D 영화’를 볼 것인지, 아니면 ‘샌드위치+오렌지주스 세트’를 사먹을 것인지를 비교한다고 가정해 보자. 이 경우 현재 배가 몹시 곱은 상황이고 곧 식당들도 닫을 시간이라면 ‘샌드위치+오렌지주스 세트를 사는 것이 낫다’라는 결론으로, 현재 과식한 상황이고 과로로 기분전환이 필요한 상황이라면 ‘4D 영화를 보는 것이 낫다’라는 결론으로 이어질 수 있다. 어느 쪽으로 결론 내리든간에 ‘4D 영화’와 ‘샌드위치+오렌지주스 세트’의 절대적 가치는 물론이고, 상

511) 이 두 가지 비교방법은 Petersen이 제시한 세 가지 비교방법 즉, ‘서수 척도(ordinal scales)’를 사용한 비교, ‘계량 척도(metric scales)’를 사용한 비교, ‘비율 척도(ratio scales)’를 사용한 비교 중 첫째와 셋째를 인용한 것이다. Petersen은 비교 대상 사이의 거리만을 확인할 수 있을 뿐 비율은 확인할 수 없는 척도를 계량 척도라고 하여 비율 척도와 구별하고, 그 예로 온도를 들고 있다. 법익의 균형성 원칙에 관한 비교불가론의 당부에 대해 살펴보기 위해 굳이 계량 척도를 상정할 필요는 없기 때문에 서수 척도를 사용하는 상대적 우열 비교와 비율 척도를 사용하는 절대적 계량 비교의 두 가지만 살펴본다. 서수 척도, 계량 척도, 비율 척도에 대한 자세한 내용은 Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 40-42 참조.

대적으로 어느 쪽이 정확히 몇 배나 더 나은지 역시 알 수도 없고, 알아야 할 필요도 없다. 그럼에도 불구하고 특정한 구체적 상황이 주어지면, 어느 쪽을 선택하는 것이 더 나은지를 설득력 있게 설명할 수 있다.

상대적 우열 비교는 비교대상들 사이에 공통점이 있다면 언제나 가능하다.⁵¹²⁾ 위의 예에서 영화와 샌드위치 세트는 모두 내게 만족감 혹은 효용을 준다는 공통점이 있다. 영화와 샌드위치 세트는 서로 완전히 다른 대상이지만, 둘 다 내게 만족을 주기 때문에 각각의 만족도라는 측면에서는 비교가 가능하다. 또한 상대적 우열 비교의 경우 비교하려는 대상들의 공통점을 수치로 계량할 수 없어도 비교가 가능하다. 위의 예에서 비교대상인 만족감은 객관적인 수치로 계량하기가 곤란하다. 그럼에도 불구하고 위의 예에서 보듯 구체적인 상황이 주어지는 경우에는 합리적인 비교가 가능하다. 절대량을 측정할 수 있는 경우에 비교가 용이한 것은 사실이지만, 절대량을 모르더라도 상대적인 위치를 가늠할 수 있다면 상대적 우열 비교는 가능하다. 수량화 가능한 공통적인 측정 단위가 없다는 것이 곧 비교불가능을 의미하는 것은 아니다.⁵¹³⁾

한 걸음 더 나아가, 상대적 우열비교에서는 비교대상들 사이에 수치로 환원할 수 있는 공통의 측정단위가 있다 해도 이는 그다지 큰 의미가 없다. 예컨대, 위의 예에서 영화이든 샌드위치 세트이든 모두 화폐가치로 환원이 가능하고 그 환원한 값은 10,000원으로 동일하다. 그러나 이와 같이 공통적인 측정단위로 측정한 값이 같다 하더라도, 위의 예에서 보듯 상대적 우열 비교의 결론은 그와 무관하게 내려질 수 있다. 비교대상들을 수치로 환원할 수 있는 공

512) Afonso da Silva에 따르면 ‘같은 단위로 잴 수 없는(incommensurable)’ 서로 다른 대상은 상대적 우열을 가늠할 수 있는 ‘공통의 가치(covering value)’를 찾아내서 ‘비교할 수 있다(comparable)’’. 즉, 같은 단위로 잴 수 없다는 것은 비교할 수 없다는 것과 동의어가 아니다. 예컨대 사과와 오렌지는 그 자체로 ‘측정 가능한 공통의 단위는 없지만(incommensurable)’, 비타민 C 함량이라는 공통적인 가치가 있으므로, 비타민 C 함량이라는 관점에서는 서로 상대적인 ‘비교가 가능하다(comparable)’’. 이러한 상대적 비교는 절대량을 알아내지 못한다고 해도 가능하다. 즉, 사과와 오렌지 각각에 들어 있는 비타민 C의 함량이 정확히 얼마인지 모르더라도 사과와 오렌지 중 어느 쪽에 상대적으로 더 많은 비타민 C가 들어 있는지를 알 수 있다면 비교는 가능하다는 것이다. 이 비유를 피해의 최소성 원칙에 적용하면 사과와 오렌지는 심판대상조항과 입법대안에 해당되고, 비타민 C 함량은 입법목적 달성 정도 또는 헌법상 권리 제한 정도에 해당된다. 같은 비유를 법익의 균형성 원칙에 적용하면, 사과는 공익실현을 우선시 하는 경우에, 오렌지는 사익보호를 우선시 하는 경우에 해당되고, 비타민 C 함량은 각각의 경우 희생해야 하는 ‘구체적 가치’에 해당된다[이에 관한 자세한 논증은 Virgílio Afonso da Silva 2011, *op. cit.*, pp. 285-292]. 위 설명에서 ‘비교할 수 있다(comparable)’라는 말이 가리키는 바가 바로 상대적 우열 비교이다.

513) *Ibid.*, pp. 282-284; Matthias Klatt, Moritz Meister 2012, *op. cit.*, pp. 59, 63.

통적인 측정 단위가 있다 하더라도, 그 측정단위는 비교대상의 질적인 측면을 전부 담아낼 수 없기 때문이다. 만족도와 같이 계량화할 수 없는 특성까지도 비교할 수 있는 상대적 우열 비교에서는 비교 대상 중 일부를 담아내는 공통의 측정 단위가 있다는 것은 그다지 큰 의미가 없다.

요컨대, 상대적 우열 비교는 수치화 할 수 있는 공통의 측정 단위가 없어도 충분히 가능하다. 이 점이 절대적 계량 비교와의 결정적인 차이이다. 물론 이것이 상대적 계량비교가 모든 대상들에 대해 가능하다는 의미는 아니다. 아무런 공통점이 없는 대상에 대해서는 상대적 우열비교도 가능하지 않다.

‘절대적 계량 비교’는 A와 B의 우열이 절대적인 수치에 의해 가려지는 비교이다. 예컨대, 2kg짜리 아령은 4kg짜리 아령에 비해 정확히 2kg만큼 가볍다. 그 차이는 4kg짜리 아령과 6kg짜리 아령의 무게 차이와 같다. 절대적 계량 비교는 비교대상이 두 가지 조건을 만족시킬 때 가능하다. 첫째, 비교 대상에 공통점이 있어야 한다. 둘째, 비교 대상의 공통점이 측정가능하고 그 결과가 숫자로 표현될 수 있어야 한다. 따라서 공통점이 없는 대상, 수량화가 불가능한 대상에 대해서는 절대적 계량 비교가 불가능하다.

2) 비교형량의 가능성

법익의 균형성 원칙에서의 비교형량 대상인 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’는 모두 구체적인 가치라는 공통점이 있으므로, 원리상 상대적 우열비교가 가능하다.⁵¹⁴⁾ 앞서 살펴본 샌드위치세트와 4D영화 관람의 예에서 알 수 있듯이, 양적 측정이 불가능한 ‘만족감’이라는 지표도 구체적인 상황이

514) Alexy는 한 걸음 더 나아가 법익의 균형성 원칙에서 비교대상은 양자 모두 헌법적 가치라는 공통점이 있고, 그 침해의 정도를 경미-보통-심각과 같은 공통의 척도로 파악할 수 있으므로, 법익의 균형성 원칙에서의 비교가 가능하다고 설명한다[Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”, *Ratio Juris* Vol. 16 No. 4(2003), p. 442]. Klatt과 Meister도 같은 맥락에서 Alexy가 중요도 공식에서 제시한 침해의 정도에 관한 삼단계 구분을(경미/보통/심각)을 이러한 공통 단위의 예로 든다(Matthias Klatt, Moritz Meister 2012, *op. cit.*, pp. 63).

이러한 주장들은 ‘경미-보통-심각’ 각각에 숫자를 부여하는 데에까지 이른다. 이는 절대적 계량비교의 가능성을 시사하는데, 여기에는 동의하기 어렵다(같은 취지의 비판으로, 예컨대, Francisco Urbina 2017, *op. cit.*, p. 57, 58 참조). 수치 부여는 기술적이므로 ‘강/중/약’의 서수적 서열을 전제로 하는 Alexy의 주장에 스스로 모순되는 것이고, 특히 중요도 공식 중 신뢰성이라는 변수는, 추상적 중요성이나 제한의 정도라는 변수와는 완전히 다른 기능을 하므로 동일하게 취급하여서는 안 된다는 비판으로, Jorge Silva Sampaio 2018, *op. cit.*, p. 94(특히 fn. 137) 참조.

주어지면 합리적으로 비교할 수 있다. 심지어 사랑과 자유라는 추상적 가치도 da Silva가 아래와 같이 예로 든 것과 같이 구체적인 상황에서는 기회비용의 측면에서 비교가 가능하다.

어떤 남성은 자신이 사랑하는 여성이 인권과 기본적인 자유가 제대로 보장되지 않는 나라에 살고 있다 하더라도, 사랑하는 여성과 살기 위해 자신의 자유 중 일부를 포기할 수 있다.⁵¹⁵⁾

같은 이치로 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’는 상대적 우열비교가 가능할 뿐 아니라, 그 비교의 결론에 대해 합리적이고 설득력 있는 이유를 제시하는 것도 가능하다.⁵¹⁶⁾ 다만, 법익의 균형성 원칙에서의 상대적 우열비교를 통해 어떠한 결론을 내렸다고 해서, 추상적인 가치 사이에 절대적 계량비교가 가능하다는가, 추상적 가치들의 일반적인 우열 관계가 확정된 것은 아니다. 예컨대 표현의 자유와 인격권이 대립하는 사건에서 헌법재판소가 표현의 자유를 더 보호하는 결론에 이르렀다고 하더라도, 이것이 표현의 자유와 인격권이 서로 양적으로 비교 가능하다는가, 표현의 자유가 인격권보다 우위에 있다는 서열을 정한 것은 아니다.⁵¹⁷⁾

비교형량의 대상인 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’를 측정할 때는 물론이고 양자를 비교할 때에도 관련된 구체적인 각종 사회적 사실들을 조사하고, 관련된 가치판단을 정당화할 근거들을 최대한 수집하여 제시하여야 한다.⁵¹⁸⁾ 이와 같이 사실적, 법적 근거를 낱알이 제시하는 이상 법익의 균형성 원칙에서의 비교형량을 단순히 법관이 받는 인상이나 느낌을 정당화하기 위한

515) Virgílio Afonso da Silva 2011, *op. cit.*, p. 285.

516) 그 구체적인 방법론은 후술하는 Barak과 Alexy의 이론 참조.

517) 이준일, “헌법재판의 법적 성격 -헌법재판의 논증도구인 비례성원칙과 평등원칙을 예로-”, 헌법학연구 제12권 제2호(2006. 6.), 제329쪽; 성경엽, 위의 논문(2013. 6.), 제16쪽. 비교불가론은 이 점을 혼동하여 오류에 빠진다. 예컨대, Francisco Urbina 2017, *op. cit.*, pp. 61-64; Davor Šušnjär 2010, *op. cit.*, pp. 213-215.

518) Aharon Barak 2010, *op. cit.*, p. 12; Aharon Barak 2012, *op. cit.*, pp. 348-350. 같은 맥락에서 Alexy는 법익의 균형성 원칙에서의 비교형량 방법론이 사법적 논증에서 받아들일 수 없는 순전히 형식적이고 수학적 이론이라는 비판은 부당하다고 주장한다. 즉, 법익의 균형성 원칙에서의 비교형량방법론은 형식적인 차원과 실제적인 차원을 연결하는 것이다(Robert Alexy 2017, *op. cit.*, pp. 20, 21).

수단에 불과하다고 평가 절하하는 것은 설득력이 떨어진다.⁵¹⁹⁾ 물론 법익의 균형성 원칙 판단에서 과학이나 공학에서 볼 수 있는 객관성을 확보하는 것은 불가능하다.⁵²⁰⁾ 그렇다고 해서 비교가 아예 불가능한 것은 아니다. 수치화 할 수 있는 정밀한 비교가 불가능할 뿐이다.⁵²¹⁾

정밀한 비교가 불가능하므로, 여전히 법익의 균형성 원칙 판단은 법관의 취향의 반영일 뿐이라는 비판도 가능하다. 그러나 이 점에 관해서는 다음과 같은 Grimm의 견해를 경청할 필요가 있다고 생각한다.

법익의 균형성 원칙 심사는 평가를 전제로 한다. 심판대상조항이 해결하고자 하는 위험이 얼마나 큰지를 평가해야 하고, 심판대상조항이 헌법상 권리에 미치는 손실이 얼마나 큰지, 심판대상조항에 의해 보호되는 공익의 정도가 얼마나 큰지 등등을 평가해야 한다. 재판관들은 헌법상 권리의 제한 정도나 감수해야 하는 위험의 정도에 관해 서로 다른 평가를 내릴 수 있다. 그러나 12년 동안 독일연방헌법재판소에서 과잉금지원칙을 적용해 본 개인적인 경험에 따르면, 저울의 양쪽이 가능한 한 정확한 요소로 채워진다면, 만장일치 의견에 이르는 것은 대개의 경우 쉬운 일이었다.⁵²²⁾

3) 비교형량의 실제1: Barak의 방법론

법익의 균형성 원칙에서의 비교형량이 실제로 어떻게 작동하는지를 알아보기 위해 우선 Barak의 방법론을 예로 들어 살펴본다. Barak은 심판대상조항보다 입법목적의 달성 정도도 덜하고 헌법상 권리 제한 정도도 덜한 비례성이 있는 입법대안이 있는 경우에는 그러한 입법대안과의 비교형량을 통해 심판대상조항에 의한 공익달성 정도의 증가분과 헌법상 권리 제한 정도의 증가분을 비교할 수 있다는 전제에서 출발한다.⁵²³⁾ Barak은 이러한 비교 구조를 전제로

519) Aharon Barak 2007, *op. cit.* pp. 381, 382. 대립하는 원리가 제한되는 정도에 관한 상대적인 위치를 가늠할 수 있고, 그 결과 제한의 정도가 심한지, 보통인지, 경미한지를 판단했다면, 그러한 판단을 두고 직관이나 취향에 불과하다거나 자의를 은폐하기 위한 수단이라고 비판하는 것은 부당하다. 판단의 결과가 무엇이든 상대적 위치를 가늠하는 과정을 보여 준다면 합리적인 설명이 가능하기 때문이다(Robert Alexy 2017, *op. cit.*, p. 23).

520) Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, p. 1114.

521) Julian Rivers 2006, *op. cit.*, p. 201. Rivers는 미미한 정도의 국가안보 증진을 위해 심하게 자유를 박탈하는 법률을 무심하게 바라볼 수 있는 사람은 거의 없을 것이라고 덧붙인다. 한편, 절대적 계량 비교가 필요하다는 전제 하에 그 방안을 모색하는 시도들 및 그에 대한 비판에 관해서는 Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 47-49 참조.

522) 헌법재판소 비교헌법연구회, 비교헌법연구회 세미나 발표자료집(2018. 6. 19.), 제150쪽.

523) Aharon Barak 2010, *op. cit.*, p. 8.

하여 법익의 균형성 원칙에서의 비교형량을 심판대상조항의 제정에 따른 ‘한계 이익(marginal benefit)’과 ‘한계 해악(marginal harm)’의 비교로 파악한다.⁵²⁴⁾

Barak에 따르면, 이러한 비교는 항상 구체적인 사건에서 수집되는 자료에 따라 이루어지게 되는데, 한계 이익에 관해서는 공익의 내용의 사회적 중요성, 입법적 조치가 없다면 발생할 해악에 비추어 볼 때 공익 실현을 해야 할 긴급성, 그러한 해악의 발생가능성과 같은 요소에 관한 자료를 수집하여야 하고, 한계 해악에 관해서는 제한되는 헌법상 권리의 사회적 중요성, 제한의 정도 및 제한되는 국면, 제한의 현실적 가능성과 같은 요소를 조사하여야 한다.⁵²⁵⁾

Barak은 이러한 요소들을 조사하여 결국 입법목적을 달성함으로써 얻는 이익의 사회적 중요성과 인권 제한을 없애는 것의 사회적 중요성을 비교하는 것이 법익의 균형성 원칙의 내용이라고 주장한다.⁵²⁶⁾ Barak은 심판대상조항에 의해 달성하려는 공익의 사회적 중요성과 청구인의 헌법상 권리의 제한을 막아야 할 사회적 중요성은 그 나라의 역사적 배경, 정치 체계, 사회적 가치, 법 체계를 고려해서 결정된다고 보고, 헌법에서 명문으로 강조하고 있는 가치인지 여부, 다른 헌법상 권리 실현의 전제가 되는 헌법상 권리인지 여부, 특수한 역사적 경험 때문에 사회적으로 강조되는 가치인지 여부를 예로 든다.⁵²⁷⁾

Barak은 법익의 균형성 원칙에서의 비교형량은 이와 같이 개별 사건의 구체적인 사정을 상세하게 파악하는 것을 전제로 하기 때문에 원칙적으로 당해 사건에만 적용되는 “개별 구체적 비교형량[concrete(ad hoc) balancing]”이라고 주장한다.⁵²⁸⁾ Barak은 이를 종합하여 비교형량을 아래와 같이 정식화한다.

인권의 ‘한계제한(marginal limit)’이 중요하면 할수록, 그리고 인권이 제한될 가능성이 크면 클수록, 제한을 가함에 따르는 한계공익은 중요성, 긴급성 및 실현가능성이 커야만 한다.⁵²⁹⁾

524) Aharon Barak 2012, *op. cit.*, pp. 356, 364.

525) Aharon Barak 2010, *op. cit.*, p. 12; Aharon Barak 2012, *op. cit.*, p. 348.

526) Aharon Barak 2010, *op. cit.*, pp. 7, 8.

527) Aharon Barak 2012, *op. cit.*, pp. 349, 350.

528) Aharon Barak 2010, *op. cit.*, p. 11.

529) 원문은 다음과 같다. To the extent that greater importance is attached to preventing the marginal limit to a human right and to the extent that the probability of the right being limited is higher, the marginal benefit to the public interest brought about by the limitation must be of greater importance, of greater urgency, and possessing a greater probability of materializing[Aharon Barak 2010, *op. cit.*, p. 11].

이와 같은 내용의 Barak의 방법론은 앞서 살펴본 측정과 비교형량의 이론적 측면을 ‘사회적 중요성’이라는 ‘공통의 비교요소(covering value)’를 중심으로 재구성한 것으로 평가할 수 있다.

Barak의 방법론은 특히 ①심판대상조항만큼 입법목적을 달성하면서 청구인의 헌법상 권리는 더 적게 제한하지만 심판대상조항에 비해 추가적인 재정지출이 필요하다거나 제3자의 헌법상 권리를 제한하는 입법대안이 있는 경우, 혹은 ②심판대상조항만큼 입법목적을 달성하지는 못하지만, 헌법상 권리 제한 정도는 적은 입법대안이 있는 경우에 법익의 균형성 원칙 논증을 정교하고 용이하게 만든다. 즉, ‘대가 동일성 검증단계’에서 탈락한 입법대안이나 ‘목적달성 동일성 검증단계’에서 탈락한 입법대안이 있는 경우에 이러한 입법대안에 의할 경우와 심판대상에 의할 경우를 비교하는 방법으로 한계공익 및 한계사익을 가늠해 봄으로써 비교형량을 좀 더 쉽게 할 수 있다. 심판대상조항 대신 그러한 입법대안을 택했다고 가정한 다음, 그로 인한 입법목적 달성 감소의 정도 등 각종 손실과 헌법상 권리 제한 완화의 정도 등 각종 이익을 비교해 봄으로써 심판대상조항의 법익 균형 여부를 판단할 수 있기 때문이다.

4) 비교형량의 실제2: Alexy의 방법론

Alexy의 비교형량 방법론은 ‘규칙(rule)’과 ‘원리(principle)’의 구별에서부터 시작한다. 즉, Alexy는 ‘규칙’은 그것을 충족시키지 못하면 곧바로 위법이지만, ‘원리’는 주어진 법적, 사실적 가능성 하에서 가능한 한 최대로 실현될 것을 요구하기 때문에 위법 여부를 일률적으로 정할 수 없다는 점에서 양자가 구별된다고 설명한다.⁵³⁰⁾ 또한 Alexy에 따르면 ‘규칙’의 적용은 포섭의 형태로, ‘원리’의 적용은 형량의 형태로 이루어진다.⁵³¹⁾

이러한 구별을 전제로, Alexy는 법익의 균형성 원칙이란 ‘경쟁관계에 있는 원리들 사이의 최적화(optimization relative to competing principles)’ 명령을 의미하는 것이라고 주장한다. 그는 법익의 균형성 원칙이 주어진 법적 가능

530) Robert Alexy 2002, *op. cit.*, pp. 47, 48. 규칙과 원리를 구별하는 것은 Dworkin으로 거슬러 올라가지만, (1) Dworkin은 원리를 최적화명령으로 포착하지 않은 점, (2) Dworkin은 정책과 원리를 구별하여 후자만 법적 논증의 대상으로 삼았으나, Alexy는 양자 모두를 법적 논증의 대상으로 삼은 점, (3) Dworkin은 하나의 정답을 도출할 수 있는 이론을 옹호했으나, Alexy는 규범-인식론적 재량을 인정함으로써 하나의 정답이 있음을 주장하지 않는 점에서 두 이론은 구별된다(Davor Šušnjar 2010, *op. cit.*, p. 76).

531) Robert Alexy 2017, *op. cit.*, p. 14.

성 하에서의 최적화명령이라는 점에서 주어진 사실적 가능성 하에서의 최적화 명령인 수단의 적합성 원칙과 피해의 최소성 원칙과 구별된다고 본다.⁵³²⁾

위와 같은 법이론적 분석을 토대로 Alexy는 법익의 균형성 원칙을 ‘하나의 원리에 대한 제한이 크면 클수록, 다른 원리를 만족시켜야 할 중요성이 커야 한다’라는 ‘형량법칙(Law of Balancing)’에 다름 아닌 것으로 파악한다.⁵³³⁾ Alexy는 위 형량법칙을 과잉금지원칙의 적용강도에 관한 형량 제2법칙과 구별하기 위해 ‘형량 제1법칙(first law of balancing)’이라 부른다.⁵³⁴⁾ 구체적으로 Alexy는 형량 제1법칙을 (1) 첫 번째 원리에 대한 ‘제한의 정도(intensity of interference)’ 확인, (2) 첫 번째 원리와 경쟁관계에 있는 또 다른 원리를 ‘충족시켜야 할 중요성(importance of satisfaction)’ 확인, (3) 확인된 중요성의 정도가 확인된 제한의 정도를 정당화 하는지의 확인의 삼단계의 판단과정으로 분석한다.⁵³⁵⁾

Alexy에 따르면, 하나의 원리에 대한 제한의 정도와 다른 원리를 충족시켜야 할 중요성의 정도는 각각 ‘강/중/약(serious, moderate, light)’의 삼단계 중 어느 하나로 파악할 수 있고, 일단 이와 같이 파악한 중요성의 정도를 비교하여 어느 쪽이 더 크다고 판단하는 것은 자의적인 것이 아니라 합리적이고 논리적인 과정이다.⁵³⁶⁾ 또한 Alexy는 강/중/약의 분류는 이를 정당화하는 법적인 논변들에 의해 뒷받침되므로, 비교형량은 단순히 강/중/약의 분류에 따른 기계적인 정답이 아니라고 주장한다. 이러한 관점에서 Alexy는 합리적인 법적 논변이 가능하다면, 그 결과물인 비교형량 역시 합리성을 잃지 않는다는 논리적 귀결에 이른다.⁵³⁷⁾

532) Šušnjar는 최대화 요구를 원리의 속성으로 파악하고, 과잉금지원칙을 최적화 명령으로 이해하는 Alexy의 이론에 대해 전면적인 비판을 가하고, 과잉금지원칙의 각 단계를 예, 아니오의 2원적 판단이 가능한 규칙들로 구성하는 대안을 제시한다(Davor Šušnjar 2010, *op. cit.*, pp. 348-352).

533) 형량 법칙의 원문은 다음과 같다. “The greater the degree of non-satisfaction of or detriment to one principle, the greater must be the importance of satisfying the other”(Robert Alexy 2002, *op. cit.*, p. 401).

534) 형량 제1법칙은 실체적 요소에 관한 형량 법칙(substantive law of balancing)이라고도 한다. 이에 대해 형량 제2법칙은 경험적 요소에 관한 형량 법칙(epistemic law of balancing)이라고도 한다(Robert Alexy 2002, *op. cit.*, pp. 401, 418, 419).

535) Robert Alexy 2002, *op. cit.*, p. 401.

536) *Ibid.*, pp. 402, 405.

537) Robert Alexy 2017, *op. cit.*, p. 24. 여기에서 Alexy는 독일연방헌법재판소의 전자적 방법에 의한 정보검열에 관한 2006년 판결을(BVerfGE 115, 320) 예로 든다.

Alexy의 비교형량 이론은 구체적인 상황을 강조하는 것을 통해 ‘비교불가론(incommensurability)’을 극복한다. 즉, Alexy는 헌법상 권리가 제한되는 정도와 입법목적의 충족시켜야 할 중요성이 ‘강/중/약’ 어디에 해당하는지는 당해 헌법상 권리와 입법목적의 추상적인 중요성에 따라 결정되는 것이 아니라 당해 사건의 ‘구체적 상황(concreteness)’을 통해 확인할 수 있다고 본다.⁵³⁸⁾ 비교형량 대상의 측정방법에 관해 Alexy는, 헌법상 권리가 제한되는 정도는 심판대상조항이 취한 입법목적의 달성하기 위해 취한 수단이 집행되었을 경우를 상정하여 판단할 수 있고, 입법목적의 충족시켜야 할 중요성은 그와 같은 수단을 집행하지 않음으로써 청구인의 헌법상 권리를 보호했을 경우 침해되는 입법목적의 정도를 상정하여 판단할 수 있다고 주장한다.⁵³⁹⁾

Alexy는 법익의 균형성 원칙에서의 비교형량에서는 원리의 ‘제한의 정도(intensity of interference, ‘I’로 표기)’뿐 아니라 원리의 ‘추상적 중요성(abstract weight, ‘W’로 표기)’⁵⁴⁰⁾ 및 원리의 제한의 정도를 뒷받침 하는 ‘경험적 전제들의 신뢰성(reliability of empirical premises, ‘R^e’으로 표기)’과 ‘규범적 전제들의 신뢰성(reliability of empirical premises, ‘Rⁿ’으로 표기)’을 함께 고려해야 한다고 본다. 법익의 균형성 원칙 판단 단계에서 비교형량의 대상이 되는 대립하는 원리를 각각 P_i, P_j라 할 경우, Alexy는 법익의 균형성을 P_i, P_j의 상대적 중요성을 평가하는 것으로 파악한다. Alexy는 비교형량의 결과인 상대적 중요성을 W_{i, j}라고 할 때, 법익의 균형성 원칙은 다음과 같은 내용의 ‘중요도 공식(Weight Formula)’으로 표현할 수 있다고 주장한다.⁵⁴¹⁾

$$W_{i,j} = \frac{I_i \times W_i \times R_i^e \times R_i^n}{I_j \times W_j \times R_j^e \times R_j^n}$$

538) Robert Alexy 2002, *op. cit.*, pp. 405, 406.

539) 이와 같이 보면 입법목적의 ‘충족시킬 중요성’이란 표현 대신 입법목적의 ‘제한되는 정도’라는 표현을 써도 아무런 상관이 없다. 다만, 통상의 경우 헌법소송은 청구인의 헌법상 권리 침해 주장의 당부를 판단하는 구조이므로 입법목적의 충족시켜야 할 중요성이라는 표현이 이해하기가 편하기 때문에 이러한 표현을 사용한다(*Ibid.*, p. 407).

540) Sampaio는 추상적 중요성은 원리들 사이의 절대적 위계질서를 의미하는 것으로 해석될 수 있는데, 그러한 수직적 위계질서의 존재는 매우 의심스럽다는 전제하에, 추상적 중요성을 대립하는 규범들 사이의 ‘상대적인 추상적 중요성(abstract relative weight)’으로 재해석해야 한다고 주장한다. Sampaio에 따르면, 상대적인 추상적 중요성은 (1) 대립하는 규범들을 뒷받침하는 법익들의 강도, (2) 대립하는 규범들을 지지하는 다른 규범들, (3) 대립하는 규범들 사이의 우열관계에 관한 선례의 존재를 고려하여 결정할 수 있다(Jorge Silva Sampaio 2018, *op. cit.*, pp. 84, 85).

541) Robert Alexy 2017, *op. cit.*, pp. 17, 18.

여기에서 한 걸음 더 나아가, Alexy는 중요도 공식에서 제한의 정도와 원리의 추상적 중요성은 각각 ‘강(serious)/중(moderate)/약(light)’의 삼단계의 값을 가지는 것으로 이론화 할 수 있고, 각각에 대해 4, 2, 1의 수치를 부여할 수 있다고 보고. 경험적 전제의 신뢰성과 규범적 전제의 신뢰성은 ‘높음(reliable)/중간(plausible)/낮음(not evidently false)’의 셋으로 이론화할 수 있고, 각각에 대해 1, $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{4}$ 의 값을 부여할 수 있다고 보는데, 이와 같이 각 변수마다 세 종류의 값을 부여할 수 있으므로 중요도 공식으로 담아낼 수 있는 비교형량 상황의 경우의 수는 3의 8제곱, 즉 6561가지가 된다고 주장한다.⁵⁴²⁾

(3) 법익의 균형성 원칙의 지위

과잉금지원칙의 하위 원칙들 중 헌법적 가치판단은 목적의 정당성 원칙과 법익의 균형성 원칙에서만 이루어지는데,⁵⁴³⁾ 목적의 정당성 원칙은 헌법적 가치판단을 내용으로 하지만, 대립하는 가치들 사이의 비교형량은 내용으로 하지 않으므로, 헌법적 가치의 비교형량은 법익의 균형성 원칙 단계에서 비로소 시작된다.⁵⁴⁴⁾ 특히 피해의 최소성 원칙은 심판대상조항의 입법목적 달성에 있어서의 효율성을 검증하는 것이므로 목적-수단 사이의 관계만을 살필 뿐 비교형량을 내용으로 하지 않는다. 이는 아래와 같은 Grimm의 설명을 통해 쉽게 이해할 수 있다.

어떠한 법률이 재산을 보호하기 위해 유일한 수단이 범인을 쏘아 죽이는 것인 경우에는 이를 허용한다고 가정해 보면, 이러한 법률은 피해의 최소성 원칙을 통과한다. 만약 여기에서 판단을 멈추면, 생명권과 재산권 사이의 균형을 달성할 수 없다. 위 법률은 합헌이 될 것이고, 그 결과 생명권은 제대로 보호받지 못하게 된다.⁵⁴⁵⁾

즉, ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’를 분석하

542) *Ibid.*, p. 18.

543) Dieter Grimm, 헌법재판소 비교헌법연구회, 비교헌법연구회 세미나 발표자료집(2018. 6. 19.), 제22, 23쪽.

544) 수단의 적합성과 피해의 최소성은 경험적 판단의 영역으로, 법익의 균형성은 규범적 가치판단의 영역으로 파악하는 견해로, 한수웅, 위의 책(2019), 제487쪽 참조; Brady는 피해의 최소성 원칙과 대비하여 법익의 균형성 원칙은 근본적으로 규범적 판단이라고 한다(Alan Brady 2012, *op. cit.*, p. 260).

545) Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, p. 396.

고, 그것이 '심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치'에 의해 정당화될 수 있는지를 살펴보는 헌법적 가치판단은 법익의 균형성 원칙 부분에서 비로소 이루어진다. 과잉금지원칙은 심판대상조항에 의한 헌법상 권리 제한이 헌법상 정당화되는지, 혹시 과잉 제한은 아닌지를 심사하는 것이므로, 그 궁극적인 초점은 헌법상 권리 제한의 정도에 있다. 따라서 비교형량을 통해 헌법상 권리 제한의 과잉 여부를 살펴보는 법익의 균형성 원칙이 과잉금지원칙의 핵심적인 부분이다.⁵⁴⁶⁾ 법익의 균형성 원칙을 '좁은 의미의 과잉금지원칙 (proportionality in *stricto sensu*)'이라고 부르는 이유도 여기에 있다.

다. 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙의 차이

이상의 고찰을 통해 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙이 완전히 구별됨을 알 수 있다.⁵⁴⁷⁾ 양자의 구별은 자칫 간과하기도 쉽고, 혼동하기도 쉽지만, 법익의 균형성 원칙이 피해의 최소성 원칙과 '완전히 다른(totally different)' 기능을 수행한다는 점을 깨닫는 것은 '매우 중요하다(vital)'.⁵⁴⁸⁾ 이하에서 양자의 차이를 좀 더 구체적으로 살펴본다.

(1) 차이점1: 입법목적 달성 정도를 주어진 목표치로 보는지 여부

피해의 최소성 원칙에서 이루어지는 비교는 심판대상조항의 입법목적 달성 정도 자체에 대해 의문을 제기하지 않는다.⁵⁴⁹⁾ 피해의 최소성 원칙의 내용으로 '목적달성 동일성 검증단계'가 존재하는 이상, 입법대안은 심판대상조항만큼 입법목적 달성을 해야 하기 때문이다. 피해의 최소성 원칙에서 심판대상조항의 입법목적 달성 정도는 '주어진 목표치(=상수)'로 취급된다. 이 주어진 목표치를 달성하기 위해서 심판대상조항과 입법대안 중 어느 것이 기본권 제한이라는

546) 이준일, 위의 책(2019), 제351쪽; 문재완, 위의 논문(2018), 제28쪽; 한수웅, 위의 책(2019), 제498쪽; 한수웅, 위의 논문(2006. 12.), 제7쪽; Aharon Barak 2007, *op. cit.*, p. 380; Guy Davidov 2000, *op. cit.*, pp. 197, 198; Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 2; Stephen Gardbaum 2017, *op. cit.*, p. 224. 헌법재판의 합리성은 비교형량의 합리성이라는 견해도 같은 맥락에 서 있다[이준일, 위의 논문(2006. 6.), 제343쪽]. 이와 달리, 과잉금지원칙의 핵심은 피해의 최소성 원칙 판단에 있다는 견해도 있다[김대환, 위의 논문(2006. 12.), 제28쪽; 김하열, "법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사 - 참정권과 청구권을 중심으로 -", 고려법학 제67호(2012. 12.), 제69쪽].

547) Aharon Barak 2012, *op. cit.*, p. 344.

548) Julian Rivers 2006, *op. cit.*, p. 200.

549) Charles-Maxime Panaccio 2017, *op. cit.*, p. 662. 이 점에 관해서는 이재홍, 위의 논문(2017. 12.), 제125-126쪽도 참조.

대가를 적게 치르는지를 따져 보는 것이 피해의 최소성 원칙에서 이루어지는 비교의 핵심이다. 따라서 피해의 최소성에서의 비교는 심판대상조항과 입법대안 중 어느 것이 주어진 입법목적에 더 효율적으로 달성하는지를 묻는 것이고 이는 ‘적합도(fitness)’의 비교라고 말할 수 있다.⁵⁵⁰⁾

반면, 법익의 균형성 원칙에서의 비교형량은 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’에 견주어 볼 때 심판대상조항이 의도하는 만큼의 입법목적에 달성할 필요가 있는지에 의문을 제기한다.⁵⁵¹⁾ 즉, 비교형량은 심판대상조항의 입법목적 달성 정도 자체가 온당한지를 따져보는 것을 핵심적인 내용으로 한다. 따라서 비교형량에 있어서 심판대상조항의 입법목적 달성 정도는 주어진 목표치나 상수가 아니라 덜 달성해도 되는 변수로 취급된다.⁵⁵²⁾ Rivers는 이 점을 다음과 같이 설명한다.

피해의 최소성 원칙 단계에서는 심판대상조항의 입법목적 달성 정도가 너무 높은지 아닌지는 판단의 대상이 아니다. 예컨대, 심판대상조항이 거의 완벽한 수준의 안보를 목적으로 하더라도 피해의 최소성 원칙 단계에서는 아무런 문제가 아니다. 피해의 최소성 원칙은 그러한 입법목적 달성의 정도를 주어진 목표치로 보고, 이를 전제로 하여 헌법상 권리 제한 정도를 더 적게 할 수 있는 수단이 있는지를 물을 뿐이다.⁵⁵³⁾

550) Aharon Barak 2007, *op. cit.*, p. 380. 적합도와 균형이 과잉금지원칙에 대한 이해의 스펙트럼의 양 극단이라는 설명으로, Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, pp. 1112-1114.

551) 한수웅, 위의 논문(2006. 12.), 제7-8쪽; 이를 수인가능성의 관점에서 설명하는 견해로, 정중섭, 위의 책(2018), 제385쪽.

552) 적합도와 비교형량이 분명히 다르다는 것은 일상의 경험을 통해서도 알 수 있다. 예컨대, 몸과 옷의 관계가 그러하다. 매장에 있는 소, 중, 대, 특대 크기의 옷 중 어떤 것이라도 그 옷이 잘 맞는 사람을 구할 수 있다. 즉, 적합도는 다양한 수준에서 충족될 수 있다. 이는 옷의 크기 자체를 주어진 것으로 보고 거기에 대해 의문을 제기하지 않기 때문이다. 그러나 옷의 크기 자체에 대해 의문을 제기하면 이야기가 달라진다. 예컨대 정상체중의 사람에게 특대 사이즈의 옷을 주면서 거기에 맞게 살을 찌우라고 하는 상황을 상정해보자. 이러한 요구가 부당하다는 것은 ‘그렇게 살을 찌움에 따라 생기는 건강상의 해로움 등을 감수하면서까지 옷에 몸을 맞추어야 하는지’를 따져봄으로써 알 수 있다. 이와 같이 ‘설령 어떠한 주어진 목표 달성 정도에 의문을 제기하지 않고 그대로 받아들일 때 적합도가 인정된다 하더라도, 그러한 적합도를 실현하기 위해 희생한 대가에 비추어 볼 때 그 정도로 많이 목표를 실현하는 것이 과연 적절한지’를 묻는 것이 바로 ‘균형(balance)’ 혹은 ‘비교형량(balancing)’이다. 그렇기 때문에 적합도가 있어도 균형은 이를 수 없는 경우가 발생할 수 있다.

553) Julian Rivers, “Proportionality, discretion and the Second law of Balancing”, *Law, Rights and Discourse-The Legal Philosophy of Robert Alexy*-, ed. George Pavlakos, Hart Publishing(2007a), p. 171.

(2) 차이점2: 판단의 주안점이 헌법상 권리 제한의 심각성인지 여부

피해의 최소성 원칙에서는 심판대상조항이 입법목적 달성을 위해 적절하고도 필요한 수단인지 여부가 주된 관심사이다.⁵⁵⁴⁾ 즉 청구인이 헌법재판소에까지 온 이유인 ‘헌법상 권리 제한의 심각성’은 피해의 최소성 원칙 단계까지는 본격적인 관심사가 아니다. 피해의 최소성 원칙에서 헌법상 권리 제한 정도를 들여다보는 판단 단계인 ‘제한 완화 검증단계’에서조차 입법대안의 헌법상 권리 제한 정도를 심판대상조항의 헌법상 권리 제한 정도와 서로 비교할 뿐, 심판대상조항에 의한 헌법상 권리 제한 정도 자체가 얼마나 심각한지는 논증의 대상이 아니다.

심판대상조항이 달성하는 입법목적의 정도가 심판대상조항에 의한 헌법상 권리의 제한의 심각성을 규범적으로 정당화할 수 있는지에 관한 판단은 피해의 최소성 원칙의 하위 판단단계인 ‘입법대안 존부 검증단계’, ‘목적달성 동일성 검증단계’, ‘대가 동일성 검증단계’, ‘제한 완화 검증단계’ 중 어느 것의 내용도 아니다.⁵⁵⁵⁾ 피해의 최소성 원칙에서는 심판대상조항의 입법목적 달성 정도가 심판대상 조항에 의한 헌법상 권리 제한의 심각성을 규범적으로 정당화할 수 있는지는 묻지 않는다.⁵⁵⁶⁾ 헌법상 권리 제한 정도 자체의 심각성은 법익의 균형성 원칙 판단에 이르러 비로소 심사의 대상이 된다.⁵⁵⁷⁾

(3) 차이점3: 비교의 방법, 대상, 성격

피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙은 비교의 방법과 대상의 측면에서도 분명히 구별된다. 먼저, 비교의 방법 측면에서는 비교를 위해 입법대안

554) 목적의 정당성 원칙이나, 수단의 적합성 원칙 판단 역시 그러하다. Aharon Barak 2007, *op. cit.*, p. 374.

555) 피해의 최소성은 “비례원칙이 내포하고 있는 상호형량의 의미와는 관련성이 없다”는 지적으로, 성경업, 위의 논문(2013. 6.), 제14쪽.

556) 피해의 최소성 원칙은 ‘파레토 효율(pareto-optimality)’을 검토하는 단계라는 견해로, Robert Alexy 2002, *op. cit.*, p. 399; Julian Rivers 2006, *op. cit.*, p. 198; Matthias Klatt, Moritz Meister 2012, *op. cit.*, p. 10; Mattias Kumm, “Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution”, *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki Jackson, Mark Tushnet, Cambridge University Press(2017), p. 61; Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 38, 74, 75.

557) 한수웅, 위의 논문(2006. 12.), 제8쪽.; 한수웅, 위의 책(2019), 제498쪽; Jamie Cameron, “The Past, Present, and Future of Expressive Freedom under the Charter”, *Osgoode Hall Law Journal Vol. 35, No. 1*(1997), p. 66; Aharon Barak 2007, *op. cit.*, p. 380; Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, p. 393; Francisco Urbina 2017, *op. cit.*, p. 8

상정이 필수적인지 여부가 다르다. 법익의 균형성 원칙에서의 비교형량을 위해서는 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’, ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’ 각각을 측정하여야 한다. 이 측정은 심판대상조항이 없는 상황과 심판대상조항이 있는 상황을 비교하는 방법에 의하므로, 이는 입법대안이 있든 없든 가능하다. 그러나 피해의 최소성 원칙에서의 비교는 입법대안과의 비교이므로 입법대안 없이는 불가능하다.

비교의 대상의 측면에서 보면, 법익의 균형성 원칙에서는 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’를 서로 비교한다. 한편, 피해의 최소성 원칙에서는 ‘입법목적 달성 정도’끼리 서로 비교하고, ‘헌법상 권리 제한 정도’끼리 서로 비교한다.⁵⁵⁸⁾ 특히 피해의 최소성 원칙에서는 심판대상조항의 입법목적 달성 정도와 심판대상조항에 의한 헌법상 권리 제한 정도 사이의 비교는 이루어지지 않는다.⁵⁵⁹⁾ 이 점을 Rivers는 다음과 같이 설명한다.

피해의 최소성 원칙 단계에서는 대립하는 헌법원리들 사이의 비교는 이루어지지 않는다. 입법목적 달성의 정도와 헌법상 권리 제한의 정도 사이의 직접적인 비교는 피해의 최소성 원칙에서 이루어지지 않는다.⁵⁶⁰⁾ 피해의 최소성 원칙 판단은 서로 다른 두 가지 가치를 비교하는 것이 아니다. 피해의 최소성 원칙은 어떠한 공익 달성 정도가 주어졌을 때, 이를 달성하기 위해 불필요한 인권 제한이라는 비용 발생을 피할 것을 요구할 뿐이다.⁵⁶¹⁾

이러한 이유 때문에 피해의 최소성 원칙에서의 비교는 복잡한 규범적 판단이라기보다는 실증적 판단에 가깝다. 따라서 입법대안을 여러 개 상정할 수 있는 경우가 아닌 한 피해의 최소성 원칙 판단은 많은 양의 논증 없이 마무리할 수 있다. 반면, 법익의 균형성 원칙에서의 비교는 구체적 가치들 사이의 규범적 평가를 내용으로 하므로, 이를 위해 각 사건 특유의 각종 증거와 자료, 정치적, 역사적, 철학적, 법적, 사회적 성찰의 결과물을 상세하고 풍부하게 제시하여야 하므로, 대개의 경우 많은 양의 논증이 필요하다.

이상의 차이점을 표로 정리하면 아래 <표 2>와 같다.

558) Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 74, 75

559) 황치연, 위의 책(1995), 제96쪽.

560) Julian Rivers 2007a, *op. cit.*, p. 171.

561) Julian Rivers 2007a, *op. cit.*, p. 179.

<표 2> 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙의 차이점

	피해의 최소성 원칙	법익의 균형성 원칙
심판대상조항의 입법목적 달성 정도	달성해야만 하는 주어진 목표치	덜 달성해도 되는 변수
판단의 주안점	입법목적 달성을 위한 효율성	헌법상 권리 제한의 심각성
비교의 방법	입법대안 상정 필수	입법대안 상정 불요
비교의 대상	①입법목적 달성 정도 VS 입법목적 달성 정도, ②헌법상 권리 제한 정도 VS 헌법상 권리 제한 정도	입법목적 달성 정도의 구체적 가치 VS 헌법상 권리 제한 정도의 구체적 가치
비교의 성격	실증적 판단에 가까움	규범적 판단에 가까움

3. 최소피해성과 효과의 비례성 논증구조에 대한 이론적 분석

가. Oakes 심사의 두 가지 논증유형

앞서 살펴본 바와 같이 캐나다 연방대법원의 최소피해성, 효과의 비례성 논증구조는 *Hutterian Brethren* 판결의 다수의견의 논증구조를 따르는 것과 LeBel 대법관이 집필한 소수의견의 논증구조를 따르는 것의 두 종류로 나누어 볼 수 있다. 이하에서는 *Hutterian Brethren* 판결의 다수의견과 같이 최소피해성과 효과의 비례성을 엄격히 구별하고, 비교형량은 효과의 비례성 부분에서만 하는 방식의 논증구조를 ‘효과적 비례성 중심 논증유형’라 한다. 또한 *Hutterian Brethren* 판결에서 LeBel 대법관이 집필한 소수의견의 논증구조와 같이 최소피해성과 효과의 비례성을 엄격히 구별하지 않고, 최소피해성 부분에서 대부분의 논증을 하는 방식을 ‘최소피해성 중심 논증유형’라 한다.

피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙에 관한 이론적 분석 결과에 따르면, 비교형량은 법익의 균형성 원칙의 몫이므로, 효과의 비례성 중심 논증유형

은 이론적으로 잘 설명된다. 반면, 최소피해성 중심 논증유형은 그와 같은 이론적인 틀에 잘 들어맞지 않는다. 하지만, 최소피해성 중심 논증유형과 효과의 비례성 중심 논증유형 사이에 실질적인 차이가 없다면, 이론적인 틀에 잘 들어맞지 않는다는 이유로 최소피해성 중심 논증유형의 설득력이나 효용성이 떨어지는 것은 아니다. 결국 효과의 비례성 중심 논증유형과 최소피해성 중심 논증유형 중 어느 쪽이 바람직한지는 각각의 구체적인 작동방식을 비교하여 양자의 실질적인 차이가 무엇인지를 밝힘으로써 알 수 있다. 이하에서 자세히 살펴본다.

나. 효과의 비례성 중심 논증유형과 최소피해성 중심 논증유형의 비교

(1) 논증의 중심

효과의 비례성 중심 논증유형에 따르면 최소피해성은 통상적으로 통과하기 쉬운 위헌심사척도가 되기 때문에, *Oakes* 심사의 논증의 중심은 대개 효과의 비례성에 있게 된다. 한편, 최소피해성 중심 논증유형에 따르면 최소피해성 단계에서 심판대상조항에 의한 헌법상 권리 제한 정도를 구체적으로 분석하기 때문에, 효과의 비례성 단계에서는 별로 논증할 것이 남아 있지 않게 된다. 따라서 *Oakes* 심사의 논증의 중심은 대개 최소피해성에 있게 된다.

(2) ‘목적달성 동일성 검증단계’의 판단 방법

효과의 비례성 중심 논증유형에 따르면, 최소피해성 중 ‘목적달성 동일성 검증단계’는 심판대상조항의 입법목적 달성정도를 기준으로 하여 입법대안이 그 만큼 입법목적 달성을 할 수 있는지를 단순히 비교한다. 이 비교에는 어떠한 규범적 판단이나 가치 판단 혹은 비교형량이 개입하지 않는다. 반면, 최소피해성 중심 논증유형은 최소피해성 판단 단계에서 가치 판단이나 형량이 이루어지기 때문에 심판대상조항과 입법대안 사이의 입법목적 달성 정도가 동일한지를 판단하는 ‘목적달성 동일성 검증단계’에서도 규범적 판단이 개입하는 경우가 종종 있다.⁵⁶²⁾ 이렇게 되면, 심판대상조항과 같은 정도로 입법 목적을 달성할 수 없는 입법대안을 근거로 심판대상조항이 최소피해성 위반으로 위헌이라는 결

562) 이와 같은 규범적 판단의 개입을 포함하여 법익의 균형성 원칙 부분에서의 형량을 회피하는 경향을 Petersen은 ‘묵시적 형량(implicit balancing)’이라고 명명한다. 자세한 내용은 Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 130-132 참조.

론에 이를 수도 있다.⁵⁶³⁾

이러한 관점에서 Davidov는 앞서 살펴본 선거일 전 여론조사 결과 공표금지에 관한 *Thomson Newspapers* 판결을⁵⁶⁴⁾ 비판한다. 이 판결에서 캐나다 연방대법원은 여론조사기법과 여론조사결과를 함께 공표하는 입법대안에 대해 검토하였다. 이 판결의 다수의견은 아래와 같은 이유를 들어 입법대안이 ‘목적 달성 동일성 검증단계’를 통과한다는 결론에 이르렀다.

이러한 입법대안은 선거 직전에 부정확한 여론조사 결과의 공표를 허용하므로 선거에 어느 정도 영향을 미칠 여지를 여전히 남길 수도 있지만, 그러한 가능성은 독자들의 여론조사기법에 대한 검토 및 부정확한 여론조사 결과에 의해 피해를 보는 측의 즉각적인 반박에 의해 대부분 줄어들게 된다. (중략) 이와 같이 심판대상조항과 ‘같은 정도로 효과적으로 보이는(*appears as effective as*)’ 입법대안을 채택하지 않은 이유를 설명하지 못한 점은 ‘심판대상조항의 정당성에 대한 심각한 위협이다(*weighs heavily against the justifiability of this provision*)’.⁵⁶⁵⁾

그러나 Davidov가 지적하는 바와 같이, 위와 같은 입법대안은 ‘투표권자들에 대한 잘못된 정보 제공 방지’라는 입법목적에 여론조사결과 공표를 전면 금지하는 심판대상조항과 같은 정도로 달성하는 것으로 보기 어렵다. 따라서 피해의 최소성 단계에서 이루어져야 할 실증적 비교에 의하면, 위 입법대안은 목적 달성 동일성 검증 단계를 통과하지 못한다. 그러므로 이와 같은 경우 심판대상조항은 최소피해성을 통과하고, 효과의 비례성 단계에서 본격적인 비교형량이 이루어져야 한다.⁵⁶⁶⁾ 그럼에도 불구하고 캐나다 연방대법원의 다수의견은 입법대안과 심판대상조항 사이의 입법목적 달성 정도의 차이가 상당 부분 회복될 수도 있다는 이유를 들어 입법대안이 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 통과한다는 결론에 이른다. 이는 유권자들의 현실보다는 ‘여론조사 기법까지 꼼꼼히 확인하는 유권자’라는 규범적 당위를 전제로 하는 판단이다.⁵⁶⁷⁾ 이 판결

563) Guy Davidov 2000, *op. cit.*, p. 201.

564) *Thomson Newspapers Co. v. Canada(Attorney General)* [1998] 1 S.C.R. 877

565) *Ibid.*, para 119.

566) Guy Davidov 2000, *op. cit.*, p. 200.

567) *Thomson Newspapers Co. v. Canada(Attorney General)* [1998] 1 S.C.R. 877, para. 112에 이러한 가치판단이 명시적으로 다음과 같이 드러난다. “사법부는 캐나다의 투표권자들이 경험을 통해 배울 수 있는 능력이 있고, 선거 관련 정보의 가치에 관해서 독립적인 판단을 할

의 다수의견은 결국 심판대상조항이 최소피해성 위반이라는 결론에 이른다.⁵⁶⁸⁾ 다수의견은 규범적 판단을 개입시키지 않은 채 ‘목적달성 동일성 검증 단계’를 판단한 아래와 같은 반대의견과 대조를 이룬다.

나는 이러한 입법대안들이 (중략) 심판대상조항과 같은 정도로 효과적인 것인 양 가장하기 어렵다는 결론에 이르렀다. (중략) 여론조사결과에 대해 공격 토의를 할 시간이 부족하기 때문에 여론조사기법을 여론조사결과와 함께 공표하는 것을 허용하는 입법대안은 여론조사결과를 적절하게 평가할 지식에 부족한 유권자들에게 실질적인 도움이 되기 어려울 수 있다.⁵⁶⁹⁾

(3) 비교형량의 충실도

최소피해성 중심 논증유형에 의할 경우 최소피해성 단계에서 헌법상 권리 제한 정도를 면밀히 분석한다고 하여도 이는 입법대안에 의한 헌법상 권리 제한 정도와의 상대적인 비교에 그칠 뿐이다. 또한 최소피해성 단계에서는 입법 목적 달성의 정도를 주어진 목표치로 볼 뿐이다. 따라서 최소피해성 단계에서는 입법목적의 그만큼이나 달성할 필요가 있는지 자체에 대해 근본적인 의문을 제기하여야 비로소 가능한 비교형량을 온전히 해내기가 어렵다. 나아가 입법목적 달성 정도를 주어진 것으로 보는 관점이 효과의 비례성 판단 단계에까지 이어지면 결국 *Oakes* 심사의 어느 부분에서도 제대로 된 비교형량은 이루

수도 있는 합리적인 행위자임을 전제로 해야 한다.”

568) [1998] 1 S.C.R. 877, para 122. Petersen은 같은 맥락에서 목시적 형량이라는 개념을 동원하여 *R. v. Wholesale Travel Group Inc.* [1991] 3 S.C.R. 154 판결을 비판한다. 이 판결에서는 최소피해성 판단 과정에서 ‘과실범에게도 징역형을 과하는 것은 지나치다’는 규범적 판단이 동원된다(자세한 내용은, Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 130-132 참조). 또한 Petersen은 캐나다 연방대법원의 *Chaoulli v. Quebec* [2005] 1 S.C.R. 791 판결을 예로 들며 입법대안이 심판대상조항만큼 효과적인지는 겉으로는 실증적인 판단으로 보이지만, 실제로는 규범적 가치판단을 은폐할 수 있다고 주장한다. 앞서 살펴본 바와 같이, 이 사건에서 캐나다 연방대법원은 공공의료보험이 보장하는 영역과 중복되는 의료 서비스를 대상으로 하는 사적 의료보험에 가입하는 것을 금지하는 심판대상조항에 대해 피해의 최소성 원칙 논증을 하였다. 캐나다 연방대법원은 공공의료보험에서 탈퇴하고 사적의료보험에 가입하는 것을 허용하는 입법대안에 의하더라도 공공의료보험체계가 여전히 효과적으로 기능할 수 있는지에 관하여 판단한다. 이러한 판단이 외관상 실증적인 것처럼 보이기 때문에 본격적인 효과의 비례성 판단을 하지 않은 채 피해의 최소성 원칙 판단만 함으로써 사법부로서는 심판대상조항에 관한 규범적 판단, 즉 의료서비스의 제공이 빈부가 아니라 치료가 필요한 사람인지 여부를 우선적인 기준으로 해야 할 것인지 아닌지에 대해서는 직접적인 판단을 드러내지 않을 수 있다(자세한 내용은 Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 134 참조).

569) 두 번째 “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, paras. 44, 45.

어지지 않을 가능성이 커진다. 예컨대, 앞서 살펴본 *Irwin Toy Ltd. v. Quebec(Attorney General)* 판결의⁵⁷⁰⁾ 법정의견은 아홉 쪽에 걸쳐 최소피해성을 판단하는데, 그 결론 부분은 다음과 같다.

요컨대, 어린이를 목표로 한 광고를 금지하는 것은, 광고에 의해 아이들이 이용당하는 것을 막는다는 긴절하고 중요한 목적에 부합하는 표현의 자유의 최소한의 제한이라는 입법자의 결론이 합리적임이 입증된다. 정부가 헌장상 권리를 덜 제한하면서 입법목적도 덜 달성할 수 있는 선택지가 있다는 증거가 있지만, 정부가 합리적으로 설정해 놓은 목적을 달성하기 위해 상업광고를 금지할 필요가 있다는 증거가 있다.⁵⁷¹⁾

위 판시 내용 중 ‘정부가 헌장상 권리를 덜 제한하면서 입법목적도 덜 달성할 수 있는 선택지가 있다는 증거가 있지만’은 입법목적 달성의 정도 자체에 대해 의문을 제기하는 것이므로 비교형량을 의미한다. 결국 위 판시 내용은 최소피해성 부분에서 입법목적 달성의 정도를 주어진 것으로 본 다음, 그에 비추어 볼 때 헌법상 권리 제한의 정도가 최소한이므로 더 이상의 비교형량을 하지 않아도 된다는 논리구조이다. 이어 위 법정의견은 한 단락에 걸쳐 효과의 비례성을 판단하면서 입법목적 달성의 정도에 대해서는 검토하지 않는다. 효과의 비례성 판단은 청구인들에게 광고효과를 증진시킬 다른 방법이 있다는 등 청구인의 헌법상 권리 제한의 정도가 심하지 않다는 내용으로 이루어져 있고,⁵⁷²⁾ 이를 근거로 합헌의 결론에 이른다.⁵⁷³⁾ 이 논증과정 전체에서 제대로 된 비교형량은 이루어지지 않았다.

반면, 효과의 비례성 중심 논증유형은 최소피해성을 입법대안 검증의 용도로만 적용하고, 효과의 비례성은 입법목적 자체에 의문을 제기하는 비교형량의 용도로만 적용한다. 이와 같이 최소피해성과 효과의 비례성을 분명히 구별하면, 과잉금지원칙의 핵심인 비교형량을 제대로, 충실히, 솔직하게 할 수 있다.⁵⁷⁴⁾ 서로 명확히 구별되면서도 일관되고 변함없는 최소피해성, 효과의 비례

570) [1989] 1 S.C.R. 927

571) *Ibid.*, p. 999.

572) *Ibid.*, p. 1000.

573) 같은 맥락에서 테러 용의자에 대한 무기한 구금에 관한 영국 판례인 *A v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 판결에 대한 비판으로, Julian Rivers 2006, *op. cit.*, pp. 189, 190 참조.

574) *R. v. K.R.J.* [2016] 1 S.C.R. 906, para. 79 참조.

성 논증구조를 유지하면, 입법목적 달성 정도에 대한 구체적 검증 없이 과잉금지 원칙 적용을 마치기 어려워지기 때문이다.

이상의 차이점을 표로 정리하면 아래 <표 3>과 같다.

<표 3> 효과의 비례성 중심 논증유형과 피해의 최소성 중심 논증유형의 차이

	효과 의 비례성 중심 논증유형	피해의 최소성 중심 논증유형
논증의 중심	효과 의 비례성	피해의 최소성
목적달성 동일성 검증단계 판단방법	규범적 판단 개입 없음	규범적 판단 개입
비교형량의 충실도	높음	낮음

다. *Oakes* 심사의 최소피해성, 효과의 비례성 논증구조에 대한 종합적 평가

(1) 효과의 비례성 심사방법론

앞서 살펴본 바와 같이 캐나다 연방대법원의 효과의 비례성 비교 방법론은 *Dagenais* 판결에서 심판대상조항으로 인해 실제로 발생한 이로운 효과 전반과 심판대상조항이 헌장상 권리에 미치는 해로운 효과 전반을 형량하는 것으로 정식화 되었다.⁵⁷⁵⁾ 이는 심판대상조항에 의한 입법목적 달성에 의한 구체적인 효과와 심판대상조항에 의한 헌장상 권리 제한으로 인한 구체적인 효과를 비교하는 상대적 우열비교이다.

이론적인 관점에서 법익의 균형성 원칙의 내용은 요컨대, ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’가 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’를 정당화할 수 있을 만큼 커야 한다는 것이다. 비교의 대상인 위 두 요소들 사이에 ‘구체적인 가치’라는 공통점이 있기 때문에 상대적 우열비교가 가능하고, 이러한 관점에서 법익의 균형성에서 이루어지는 비교는 추상적 형량이 아닌 구체적 형량이다. 캐나다 연방대법원은 아래와

575) *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* [1994] 3 S.C.R. 835, 887, 889. 이러한 비교 형량은 간단하게 ‘심판대상조항의 이로운 효과와 해로운 효과 사이의 비례성(proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures)’으로 표현된다.

같이 효과의 비례성이 구체적 형량임을 분명히 판시하였다.

이는 헌장 제1조가 제기하는 물음이 본질적으로 사건의 구체적인 상황에 특유한 것이기 때문이다. (중략) 헌장 제1조 심사는 심판대상조항의 실질적 이익이 그로 인한 실질적 헌장상 권리 제한의 정도를 능가하는지를 판단하는 것이기 때문에 구체적인 법적 분쟁에 관한 사실관계 및 헌장상 권리 제한의 정당화를 위해 제시된 증거에 기반을 둔 것이지 추상적인 요소들에 기반을 둔 것이 아니다.⁵⁷⁶⁾

또한 캐나다 연방대법원은 효과의 비례성에서 비교되는 이로운 효과과 해로운 효과에는 양적인 측면과 질적인 측면이 모두 있는 것으로 파악한다.⁵⁷⁷⁾ 즉, 효과의 비례성 판단은 수학적인 비교나 계산이 아니라는 취지이다. 이는 법익의 균형성 원칙에서 이루어지는 비교형량의 대상인 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’가 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’ 양자를 측정하기 위해서는 당해 헌법상 권리 제한 상황에 관련된 사실적, 규범적 요소들이 모두 고려되어야 한다는 이론들에 의해 뒷받침된다. 이 점에 관해 Brown 대법관은 *K.R.J.* 판결에서 다음과 같이 판시한다.

헌장 제1조 심사 중 효과의 비례성 단계에서 이루어지는 해로운 효과와 이로운 효과 사이의 비교형량은 다수의견도 인정하듯이 “어려운 가치 판단(difficult value judgements)”을 포함한다(제79단락). 이것은 결코 “중립적이고 공리주의적인 미적분학 계산(neutral utilitarian calculus)”이 아니다. 물론 이에 대한 반대의견도 있지만, 과잉금지원칙을 적용하는 것은 진정으로 객관적인 계산과정을 포함하지는 않는다. 왜냐하면 과잉금지심사는 사법부로 하여금 같은 단위로 측정할 수 없는 대상들의(incommensurables) 무게를 달아볼 것을 요구하기 때문이다. 이 사건의 경우 성범죄자에 대한 해로운 효과 및 법의 지배 원칙에 대한 해로운 효과를 성범죄자들로부터 아이들을 지켜냄으로써 얻는 이로운 효과와 비교형량해야 한다. 같은 단위로 측정할 수 없는 대상들의 무게를 객관적으로 달아보는 것은 불가능함에도 불구하고, 사법부는 반드시 논증을 통해 결론에 이르러야만 한다.⁵⁷⁸⁾

576) *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)* [1995] 3 S.C.R. 199, para. 133.

577) *Canada(Attorney General) v. Bedford*, [2013] 3 S.C.R. 1101, para. 126.

578) *R. v. K.R.J.* [2016] 1 S.C.R. 906, paras. 160, 161(판례 및 문헌 인용표기는 생략).

효과의 비례성 비교에 있어 규범적 측면을 고려하는 캐나다 연방대법원의 비교 방법론은 법익의 균형성 원칙에서 이루어지는 비교형량을 가치들 사이의 상대적 우열비교라는 규범적 판단으로 접근하는 이론들에 의해 뒷받침된다.

(2) 효과의 비례성 중심 논증유형에 의한 과잉금지원칙의 장점 실현

과잉금지원칙의 장점 실현에 대해 Grimm은 “과잉금지심사의 장점은 과잉금지원칙의 4단계 과정이 명확하게 분화되지 않으면 반감된다. 4단계 심사의 각 단계에는 독자적인 판단내용이 있다. (중략) 이와 같은 단계적 판단에 혼동이 오면, 판단요소들이 제멋대로 판단 과정에 개입하게 되어 더 자의적이면서도 예측가능성은 덜한 판단을 낳을 위험이 생긴다.”고 지적한다.⁵⁷⁹⁾ Grimm의 견해와 같이, 과잉금지원칙의 중요한 장점은 각 판단 단계별로 분업이 이루어진다는 점에 있다. 어떠한 법률이 헌법상 권리를 침해하는지 여부는 상당히 어려운 판단이다. 그 어려운 판단을 4단계로 나누어 차근차근 할 수 있게 도와주는 도구가 과잉금지원칙이므로, 판단단계의 명확한 구별을 통한 분업이 곧 과잉금지원칙의 장점이다.

최소피해성과 효과의 비례성 사이의 분업은 양자의 차이점을 분명히 인식하는 것을 첫걸음으로 삼는다. 예컨대 캐나다 연방대법원의 Bastarache 대법관은 이 점을 다음과 같이 판시하였다(밑줄표시는 원문 그대로를 옮긴 것임).

최소피해성 단계에서도 현상상 가치가 제한된 정도를 살펴보아야 하나, 이 단계에서는 입법 목적의 유효성은 주어진 것으로 전제된 상태에서(given the validity of legislative purpose) 현상상 권리가 가능한 한 적게 침해되었는지를 심사하는 것 이상의 심사를 할 수 없다.⁵⁸⁰⁾

효과의 비례성 중심 논증유형은 최소피해성과 효과의 비례성을 분명히 구별하여, 헌법적 가치판단의 무대인 ‘비교형량’을 온전히 효과의 비례성 부분에서 해결할 몫으로 돌린다. 이를 통해 과잉금지원칙의 장점이 극대화될 수 있음은 Grimm의 다음과 같은 설명을 통해 분명히 이해할 수 있다(괄호 안의 내용은 필자가 추가한 것이다).

(과잉금지원칙의) 2단계(수단의 적합성 원칙)와 3단계(피해의 최소성 원칙)

579) Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, 397.

580) *Thomson Newspapers v. Canada* [1998] 1 S.C.R. 877, para. 125.

는 수단-목적 관계에 관한 것이다. 이는 2단계와 3단계는 심판대상조항을 오직 법률의 수준에서만 살펴본다는 의미이다. 2단계와 3단계는 법률 자체의 목적과 수단에 관한 것일 뿐이다. 헌법은 2단계와 3단계에서 아무런 역할을 하지 않는다. 헌법은 (1단계인 목적의 정당성 원칙에서 등장한 다음 2단계인 수단의 적합성 원칙, 3단계인 피해의 최소성 원칙에서 사라졌다가) 4단계(법익의 균형성 원칙)에 이르러 다시 등장한다. 수단의 적합성 원칙이나 피해의 최소성 원칙 심사 단계에서는 헌법상 권리가 아무런 역할을 하지 않으므로, 과잉금지심사를 하는 목적을 제대로 달성하려면, 법익의 균형성 원칙 심사로 나아가는 것이 필수불가결하다.⁵⁸¹⁾

반면, 최소피해성 중심 논증유형처럼 최소피해성과 효과의 비례성 사이의 분업을 허물면, 최소피해성은 입법대안과의 비교라는 고유의 역할에 더하여 비교형량까지 동시에 해내야 하는 부담을 안게 된다. 그렇기 때문에 자칫 최소피해성과 효과의 비례성 원칙 모두가 어그러질 수 있다.⁵⁸²⁾ 두 가지 일을 동시에 하는 와중에 논증 중 일부를 생략할 위험도 커진다.

(3) *Hutterian Brethren* 판결의 의의

Hutterian Brethren 판결 이후에도 캐나다 연방대법원의 과잉금지원칙 논증구조가 항상 일관된 것은 아니다. 하지만 바람직한 논증구조를 모색하려는 노력이 판결문을 통해 이루어져 온 것은 긍정적으로 평가할 수 있다. *Hutterian Brethren* 판결에서 그러한 노력이 분명히 드러난다. 구체적으로, *Hutterian Brethren* 판결의 4인의 합헌의견은 종래의 주류적인 논증구조와 달리 효과의 비례성 논증에 독자적인 의미를 부여하고, 비교형량은 오롯이 효과의 비례성 판단의 몫으로 돌린다. 반면 2인의 위헌의견은 종래의 주류적인 논증구조를 이어 받아 최소피해성 논증을 *Oakes* 심사의 중심으로 보고 최소피해성 단계에서도 비교형량이 가능하다는 입장이다. *Hutterian Brethren* 판결의 4인의 합헌의견에 의한 논증구조 변화는 특히 다음의 두 가지 측면에서 과잉금지원칙

581) 헌법재판소 비교헌법연구회, 비교헌법연구회 세미나 발표자료집(2018. 6. 19.), 제22, 23쪽. 같은 취지로 Alan Brady 2012, *op. cit.*, pp. 71, 72 참조. 또한 “수단의 적합성 원칙과 피해의 최소성 원칙은 현실적 가능성들의 최적화에 관한 것이다. 수단의 적합성 원칙과 피해의 최소성 원칙은 파레토 효율이라는 이상을 추구한다. 목적의 정당성 원칙과 법익의 균형성 원칙은 법적으로 가능한 것이 무엇인지에 관한 것이다”는 설명으로, Matthias Klatt, Moritz Meister 2012, *op. cit.*, p. 10.

582) Guy Davidov 2000, *op. cit.*, p. 201.

의 장점을 효과적으로 구현할 수 있으므로 바람직하다고 평가할 수 있다.

(가) ‘목적달성 동일성 검증단계’의 명확화

Hutterian Brethren 판결의 합헌의견은 아래와 같이 입법대안이 심판대상조항과 같은 정도로 입법목적 달성을 해야 한다는 ‘목적달성 동일성 검증단계’가 최소피해성의 내용을 이룬다는 점을 명확히 하였다.

어떠한 입법대안이 심판대상조항만큼 입법목적 달성을 못한다면, 그러한 입법대안이 아무리 현상상 권리를 적게 제한한다 해도, 그러한 입법대안은 피해의 최소성 원칙 단계의 논의의 대상이 아니다.⁵⁸³⁾

합헌의견은 다음과 같이 실시하면서 최소피해성 원칙 심사를 끝낸다.

결국 예외 없이 사건을 요구하는 심판대상조항은 현장 제2조 제(a)항에 규정된 권리를 최소한도로 침해한다. 심판대상조항은 운전면허체계의 완결성을 보존하려는 목적을 달성하기 위해 가능한 합리적인 방안들의 범위에 들어온다. 다른 입법대안들은 모두 운전면허증을 이용한 신원도용의 위험을 크게 증가시킨다.⁵⁸⁴⁾

위에 인용한 결론 부분의 두 번째 문장은 ‘합리적으로 가능한 범위 내에서 최소한(as little as reasonably possible)’이라는 선례의 판시의 연장선상에 있다. 또한 위 판시 내용 중 세 번째 문장, 즉 “다른 입법대안들은 모두 운전면허증을 이용한 신원도용의 위험을 크게 증가시킨다.”라는 부분은 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 명확하게 표현한다. 따라서 종합적으로 보면, 위 판시는 선례의 표현을 이어받음과 동시에 ‘목적달성 동일성 검증단계’가 최소피해성의 핵심적인 부분임을 분명히 한 의미가 있다.

(나) 최소피해성과 효과의 비례성의 명확한 구별

다수의견은 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 명확히 함에 따라 최소피해성 부분에서는 심판대상조항의 입법목적 달성 정도와 심판대상조항에 의한 현상상 권리 제한 정도가 서로 직접 비교되지 않는다는 점을 분명히 밝힐 수 있었다. 최소피해성 원칙이 수단-목적 사이의 비교임을 정확히 인식함에 따라 입법목적 달성 정도와 현상상 권리 제한 정도 사이의 비교는 효과의 비례성의 내용

583) *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* [2009] 2 S.C.R. 567, para. 54

584) *Ibid.*, para. 62.

으로 분명히 자리 잡게 되었다.

이 판결 이전의 캐나다 연방대법원의 최소피해성 심사는 대개 입법대안과의 비교뿐 아니라 심판대상에 의한 현상상 권리 제한의 정도가 지나친지 여부를 한 번에 논증하였다. 그 때문에 최소피해성이 형량을 포함하는 것으로 변형되었을 뿐 아니라 그러한 변형에도 불구하고 효과의 비례성 단계를 유지하여 정작 최소피해성 단계에서 이루어지는 형량의 과정도 명확히 드러나지 않았다. 즉, 사법부는 외관상 실증적인 것으로 보이는 최소피해성 단계를 이용하여 규범적인 가치판단을 숨길 수 있었다.⁵⁸⁵⁾ 뿐만 아니라 최소피해성 부분에서 비교형량을 마친 후 효과의 비례성 부분을 따로 판단할 실익을 찾기 어려웠고, 수직적 과잉금지심사 심사의 장점인 판단의 효율성과 논증의 명료성을 극대화하기도 어려웠다.

Hutterian Brethren 판결을 통해 최소피해성은 비교형량과는 무관한 판단 단계임이 분명해지면서 수직적 과잉금지심사 심사의 장점인 심사의 효율성과 논증의 솔직함이 제대로 구현될 수 있게 되었다.⁵⁸⁶⁾ 또한 입법목적과 현상상 권리가 서로 ‘제로섬(zero-sum)’ 관계에 있는 경우가 많기 때문에 최소피해성은 통상 통과하기 쉬운 위헌심사척도가 되고,⁵⁸⁷⁾ 그 결과 논증의 중심이 최소피해성에서 효과의 비례성으로 이동하게 되었다. 이로써 과잉금지원칙의 핵심인 비교형량이 효과의 비례성에서 본격적으로 이루어지게 되었다.⁵⁸⁸⁾

4. 소결

○ 피해의 최소성 원칙은 심판대상조항과 같은 조건하에서 심판대상만큼 효과

585) Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 134.

586) 미국식의 범주적 논증에서 이루어지는 은밀하고 추상적인 비교형량과 법익의 균형성 원칙에서 이루어지는 솔직하고 투명한 비교형량에 관한 비교로 Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, pp. 1162, 1163.

587) 피해의 최소성 원칙에서 제시되는 대안은 대개의 경우 심판대상조항에 비해 불리한 점이 있기 때문에 심판대상조항과 같은 정도로 입법 목적을 달성할 수 없는 것으로 판단되기 때문이다 (Kai Möller 2016, *op. cit.*, p. 34). 피해의 최소성 원칙은 파레토 효율 심사도 기능하고, 파레토 효율이라는 것이 회귀하기 때문에 심사기준으로서의 중요성이 떨어진다는 견해로, Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat 2013, *op. cit.*, pp. 18, 19 참조.

588) 이는 캐나다 연방대법원에 대한 캐나다 사회의 신뢰가 높아진 징표로 볼 수도 있다. Petersen은 사법부의 지위가 강할수록 더 자주 법익의 균형성 원칙 논증을 할 것이고, 지위가 약한 법원은 외견상 “정치적으로” 보이는 논증구조를 피하려고 할 것이라고 주장한다(Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 68).

적으로 입법목적의 달성이면서도 심판대상조항보다 헌법상 권리 제한정도는 적은 입법대안이 있는지를 심사하는 원칙이다. 이는 ‘입법대안 존부 검증단계’, ‘목적달성 동일성 검증단계’, ‘대가 동일성 검증단계’, ‘제한 완화 검증단계’의 4단계의 세부 심사로 이루어진다.

- 피해의 최소성 원칙에서 이루어지는 4단계의 검증은 입법대안의 존부를 검증하기 위한 것이므로, 피해의 최소성 원칙 심사의 초점은 입법대안에 맞추어진다. 피해의 최소성 원칙 판단 단계에서는 심판대상조항이 달성하는 입법목적의 정도가 입법대안도 달성해야만 하는 주어진 목표치로 취급된다.
- 법익의 균형성 원칙은 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치’가 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’에 비추어 볼 때 용납할 수 있는지를 내용으로 한다. 법익의 균형성 원칙은 심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치와 심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치 각각을 측정한 다음, 그 측정 결과를 비교하는 2단계 판단 구조이다.
- 법익의 균형성 원칙에서 이루어지는 측정과 비교의 대상은 규범적 관점에서 평가한 구체적 가치이다. 이는 수량화가 불가능하므로 절대적 계량비교는 불가능하지만, 구체적 가치끼리의 비교이기 때문에 상대적 우열비교가 가능하다. 법익의 균형성에서는 입법목적의 구체적인 가치 자체가 직접적인 비교의 대상이므로, 심판대상조항의 입법목적 달성 정도는 주어진 목표치로 취급되지 않는다.
- 피해의 최소성 원칙은 입법목적 달성을 위한 효율성 판단이므로 비교형량을 내용으로 하지 않는다. 따라서 피해의 최소성 원칙은 실증적 판단에 가깝고, 입법대안을 여러 개 상정할 수 있는 경우가 아닌 한 비교적 짧은 길이의 논증만으로도 결론을 내릴 수 있다.
- 법익의 균형성 원칙은 대립하는 가치들 사이의 구체적 비교형량을 내용으로 하는 규범적 판단의 성격을 띠기 때문에 통상 많은 양의 논증이 필요하다. 법익의 균형성 원칙에서 비교형량이 이루어지므로, 법익의 균형성 원칙이 과잉금지원칙의 핵심적인 부분이다.
- Oakes 심사의 논증구조는 최소피해성 중심 논증유형과 효과의 비례성 중심 논증유형으로 나누어 볼 수 있다. *Hutterian Brethren* 판결에서 제시된 효과의 비례성 중심 논증유형에 의할 때 비교형량을 충실하게 할 수 있고,

심사의 효율성도 높일 수 있으므로, 과잉금지원칙의 장점을 제대로 살릴 수 있다. *Hutterian Brethren* 판결 이후에도 *Oakes* 심사의 논증구조가 효과의 비례성 중심 논증유형으로 일관된 것은 아니지만, 바람직한 논증구조를 모색하려는 노력이 판결문을 통해 지속되어 온 점에 대해서는 긍정적인 평가가 가능하다.

제2절 *Oakes* 심사의 적용강도에 대한 이론적 분석

1. 과잉금지원칙적용강도 개념의 정립

가. 개념 정립의 필요성

캐나다 연방대법원은 헌장상 권리를 제한하는 법률의 헌법상 정당화 여부에 관해서는 다른 심사척도가 아니라 '*Oakes* 심사'라는 위헌심사척도를 적용한다.⁵⁸⁹⁾ 또한 캐나다 연방대법원은 *Oakes* 심사에 있어 입법재량 존중 정도를 deference 법리에 따라 정한다.⁵⁹⁰⁾ 이때 deference 법리는 위헌심사척도가 *Oakes* 심사로 결정된 후, *Oakes* 심사의 각 하위 위헌심사척도의 적용에 있어 강약의 조절을 정당화하기 위한 법리이다.⁵⁹¹⁾ *Oakes* 심사에 있어 deference

589) 예컨대, *Alberta v. Hutterian Brethren* [2009] 2 S.C.R. 567, para. 71에서 캐나다 연방대법원은 다음과 같이 판단한다. “요컨대, 합리적 조정(reasonable accommodation) 법리는 일반적으로 적용되는 법률의 위헌 여부의 판단에 있어 *Oakes* 판결에서 제시된 방법론에 근거한 헌장 제1조 위반 여부 심사 법리에 대한 적합한 대체수단이 될 수 없다. 정부가 어떠한 조치를 입법의 형식으로 한 경우에는 헌장 제1조가 적용된다. 정부는 당해 청구인과 합리적 조정을 했다는 것을 입증함으로써가 아니라, 당해 법률이 중요하고 긴절한 입법목적과 연관이 되어 있고, 권리를 최소한으로 침해하며, 그 효과에 있어 비례성이 있음을 입증함으로써 법률을 정당화해야 한다.” 여기서 말하는 ‘합리적 조정’이라는 심사척도는 행정처분의 위법 여부를 판단할 때 사용하는 심사척도이다.

590) 이 점이 법률 이외의 공권력행사에 대한 사법적 통제에 있어서의 deference와의 차이이다. Kavanagh는 Stephen Perry를 인용하여 이러한 입법재량 존중을 ‘구조적 편향성(systemic bias)’이라고 부른다[Aileen Kavanagh, “Deference of Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication”, *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*, Cambridge University Press(2008), pp. 185, 186].

591) 이는 영국에서의 논의도 마찬가지이다. 예컨대, Young은 법원이 입법자를 존중하는 두 가지 방법으로 위헌심사척도의 변경과 위헌심사척도 적용의 엄격성의 조절을 들고, 영국에서 인권법이 제정된 후에는 유럽인권협약상 권리에 위반되는지 여부 판단에 있어서는 과잉금지원칙을 적용해야 하고 다른 위헌심사척도를 적용할 수 없으며, 과잉금지원칙의 적용강도를 조절할 수 있을 뿐이라고 설명한다[Alison Young, “Deference, Dialogue and the Search for Legitimacy”, *Oxford Journal of Legal Studies*(2010). pp. 820, 821].

법리는 *Oakes* 심사를 할지 아니면 그보다 더 강하거나 더 약한 제2의 위헌심사척도를 적용할지를 정당화하기 위한 것이 아니다.

Oakes 심사는 1986년에 도입된 것이기 때문에, *Oakes* 심사의 각 하위 위헌심사척도의 적용상의 강약 조절을 정당화하는 개념으로서의 deference는 비교적 최근에 등장한 것이다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 캐나다를 포함한 커먼로 국가들에서 deference는 행정행위에 대한 사법심사에 관해서 형성되어 온 개념이기 때문에, 그 의미는 *Oakes* 심사의 각 하위 위헌심사척도의 적용상의 강약 조절에 한정되지 않는다. 특히 deference는 특정 심사척도를 선택한 후 그 적용에 있어 강약 조절을 정당화하는 개념을 넘어, 어떠한 심사척도를 선택할 것인지의 판단을 정당화하는 개념으로도 사용된다. 예컨대, deference 개념을 매개로 하여 과잉금지원칙을 포함한 다양한 위헌심사척도를 이론적으로 분석하는 연구를 한 Taggart는 이를 다음과 같이 설명한다.

사법부의 '심사기준(standard of review)' 선택은 사법부가 '1차적 의사결정 기관(initial decision-making body)'에게 부여할 준비가 되어 있는 '존중(deference)'의 정도 혹은 '재량(latitude)'의 정도를 반영한다.⁵⁹²⁾

이 논문의 분석 대상은 위와 같이 다양한 의미로 사용되는 deference 전반이 아니라, 법률의 헌장상 권리 침해 여부를 판단하기 위하여 *Oakes* 심사라는 특정한 위헌심사척도를 적용함에 있어서 각 하위 원칙의 적용강도 조절을 정당화하기 위한 개념으로서의 deference(이하에서는 이를 '*Oakes* 심사에 있어 deference'라 한다)이다.⁵⁹³⁾ 따라서 *Oakes* 심사에 있어 deference에 관한 정

592) Michael Taggart 2008, *op. cit.*, p. 451. Taggart는 행정행위에 대한 사법심사에 있어 규범-사실-재량의 3분법에 따라 한 개의 정답만을 허용하는 '정확성 심사(correctness)', '중대한 사실인정의 오류 여부 심사(material error of fact)', '합리성심사(*Wednesbury* unreasonableness)'의 심사기준이 가능하고, 이를 심사기준 선택의 예로 든다(*Ibid.*). 이어 Taggart는 사건의 구체적 맥락이나 다른 요인들에 의해 좌우되는 다양한 강도의 심사가 가능하다고 설명하고 이를 심사척도의 선택의 논의와 통합하여 "Rainbow of Review"라는 개념으로 설명한다(*Ibid.*, p. 452-454). Taggart는 "Rainbow of Review"이론은 실체심사(merits review)에서 출발해서 통치행위(non-justiciable)에 이르는 다양한 심사의 양상에서 어떠한 위헌 심사척도를 선택할 것인지와 각 위헌심사척도별로 적용강도를 어떻게 다양화할 것인지 모두가 deference의 개념에 포함됨을 전제로 한다.

593) *Oakes* 심사에 있어 deference에 관한 학계의 분석 역시 *Oakes* 심사의 하위 원칙 각각을 적용하는 강도에 초점을 맞춘다. 예컨대, Christopher Dassios, Clifton Prophet 1993, *op. cit.*, pp. 292-305. 이 점은 영국에서 과잉금지원칙 적용에 관한 deference 역시 같다(Thomas Poole 2009, *op. cit.*, p. 146). 호주에서의 과잉금지원칙 적용에 있어서 deference 논의도 마찬가지이다(Dan Meagher 2011, *op. cit.*, pp. 125, 126, 132).

확한 이론적 분석을 위해 deference의 여러 가지 작용 국면 중 *Oakes* 심사에 있어 deference를 구별하여 지칭할 개념을 정립할 필요가 있다. 이를 위해 우선, 법적 판단의 단계적 구조 중 *Oakes* 심사에 있어 deference가 어디에 위치하는지 살펴보기로 한다.

나. *Oakes* 심사에 있어 deference의 체계적 지위

(1) 법적 판단의 단계적 구조

법적 판단은 판단 대상인 사회적 사실이 위법/적법의 둘 중 어디에 해당되는지를 가리는 것을 목표로 하는 작용이다.⁵⁹⁴⁾ 순수하게 이론적인 관점에서 보면 법적 판단은 크게 ① 적용할 법규범 선택, ② 포섭의 2단계로 이루어진다. 하지만, 법적용의 실무에서는 포섭을 통해 위법 또는 적법의 결론을 얻어내기가 어려운 경우가 종종 발생한다. 그 원인은 사실적인 측면에서는 증거의 부족에서 발생하는 사실 인정의 불확실성 때문이고, 규범적인 측면에서는 법규범이 정하는 경계의 모호함에서 발생하는 규범 적용의 불확실성 때문이다.

중립적인 법관이 합리적인 이유에 근거하여 적법과 위법이라는 일도양단의 결론을 냄으로써 최종적인 유권적 분쟁해결을 목표로 하는 법적 판단에 ‘불확실성’, 특히 규범 적용의 불확실성이 개재된다는 점을 인정하기는 심정적으로 어려운 측면이 있다. 하지만, 법규범의 본질을 생각하면, 규범 적용의 불확실성을 피하기 어려움을 알 수 있다. 법규범은 ‘위법/적법’이라는 불연속적인 2원적 단절을 만들어내기 위해 인간이 인위적으로 그은 불연속적인 경계선에 불과한 반면, 실제로 발생하는 사회적 사실은 그러한 인위적인 경계와 상관없이 연속적으로 일어난다.⁵⁹⁵⁾ 따라서 불연속적인 경계선의 어느 편에 속하는지가 불확실한 영역이 생기게 마련이고, 이 영역에 대해서는 적법 또는 위법 판단이 확실하지 않다.⁵⁹⁶⁾ 법규범의 이러한 불확실성은 궁극적으로는 언어라는 인위

594) 니콜라스 루만/윤재왕 옮김, *사회의 법, 새물결*(2014), 제80, 93, 100, 103-105, 124, 125, 136, 137쪽; Niklas Luhman, “Law as a Social System”, *Northwestern University Law Review* Vol. 83(1989), pp. 139, 140; 아르투어 카우프만 지음/김영환 옮김, *법철학*, 나남(2007), 제490-492쪽. 이 점을 포섭과 연관지은 설명으로, 이재홍, *위의 논문*(2017. 12.), 제76, 77쪽 참조.

595) 법질서가 현실세계를 미리 완벽하게 담아내는 것은 불가능하다는 카우프만의 견해 참조[아르투어 카우프만/김영환 옮김, *위의 책*(2007), 제144, 213쪽].

596) 윤재왕, “권력분립과 언어 —명확성원칙, 의미론 그리고 규범적 화용론—”, *강원법학* 제44권(2015), 제442쪽.

적인 ‘차이의 체계(system of difference)’에 본질적으로 내재해 있다. 따라서 법규범이 언어를 도구로 사용하는 이상 불확실성을 피하기는 쉽지 않다.⁵⁹⁷⁾

법적 판단은 위법 또는 적법이라는 결론을 내놓아야 하고, 판단불능이라는 결론을 내는 것은 허용되지 않는다. 이에 따라, 만약 불확실성이 없었다면 승소할 수 있는 당사자도 불확실성 때문에 패소할 위험이 발생한다. 사실 인정의 불확실성에 관하여 이러한 위험을 누구에게 부담시킬 것인지는 통상 증명책임 분배 원칙에 의해 해결한다.⁵⁹⁸⁾ 법적용의 불확실성은 문리적 해석, 논리적 해석, 역사적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석과 같은 법해석 원칙을 통해 해결한다.⁵⁹⁹⁾ 결국, 불확실성이 발생하지 않는 경우에는 단순한 포섭으로도 법적 판단을 할 수 있지만, 불확실성이 발생한 경우에는 당해 사안에 적용되는 규범 이외에 증명책임 분배 원칙이나 법해석 원칙을 동원하여 불확실성을 해소해야 비로소 법적 판단의 결론에 도달할 수 있다. 이러한 관점에서, 법적 판단 과정 전체를 포괄할 수 있는 법적 판단의 단계적 구조는 ① 적용할 법규범의 선택, ② 선택한 법규범의 적용, ③ 법규범 적용시 발생하는 불확실성 해소의 3단계로 구조화할 수 있다.

(2) 법률의 위헌 여부 판단의 단계적 구조

법률의 위헌 여부 판단도 법적 판단의 일종이므로, 위와 같은 3단계 판단 구

597) 언어의 불확정성에 관해서는 페르디낭 드 소쉬르/최승언 옮김, 일반언어학 강의, 민음사(1990), 제94쪽; 윤재왕, 앞의 논문(2005), 제457-465쪽 각 참조. 언어의 불확정성에 따른 시간적 의미 변화에 관해서는 한스게오르크 가다머/이길우·이선관·임호일·한동원 옮김, 진리와 방법2, 문학동네(2012), 제220-225쪽 참조. Rawls는 개념의 불확정성을 정치적 의사결정상의 판단의 부담(burdens of judgment)으로 파악한다[존 롤스/장동진 옮김, 정치적 자유주의, 동명사(2016), 148-153쪽]. 의사소통 과정에서의 불확실성과 법률의 관계에 관해서는 Norbert Wiener, *The Human Use of Human Beings: Cybernetics and Society*, Da Capo Press(1954), pp. 103, 110, 111 참조. 헌법텍스트에 대한 언어학적 분석 시도로는 신우철, 헌법과학 -새로운 방법론의 탐색-, 동현출판사(2002), 제43-71쪽 참조.

598) 증명책임은 다시 객관적 증명책임과 주관적 증명책임으로 나뉘는데, 객관적 증명책임은 소송상 증명을 요하는 사실의 존부가 확정되지 않음으로써 그 사실을 요건으로 하는 법규의 적용이 부정됨으로써 자신에게 유리한 법률효과를 얻을 수 없는 위험 또는 불이익을 말하고, 주관적 증명책임은 진위 여부가 불분명할 때에 불이익한 판단을 면하기 위하여 요증사실에 대해 증거를 제출할 책임을 말한다[김홍엽, 민사소송법, 박영사(2018), 제697, 698쪽].

599) 형법해석의 한계로 법문언의 가능한 의미, 근거지움의 가능성, 법익보호 원칙, 책임 원칙, 비례성 원칙, 보충성 원칙, 소급효금지 원칙 등을 드는 견해로, 양천수, “형법해석의 한계 -해석은 쟁을 중심으로 하여-”, 인권과 정의 제39호(2008. 3.), 제155-158쪽. 또한, 불명확성 해결의 원칙을 애덤 스미스의 개인 자유 존중의 관점에서 접근하는 견해로, 이황희, 애덤 스미스의 통치론에 관한 헌법학적 연구, 서울대학교 박사학위 논문(2018), 제232-234쪽.

조에서 벗어나지 않는다. 즉, 법률에 대한 위헌 여부 판단은 ① 위헌심사척도의 선택, ② 선택한 위헌심사척도의 적용, ③ 위헌심사척도 적용시 발생하는 불확실성 해소의 3단계 판단을 순차로 진행하는 구조로 이루어진다(이하에서는 위 각 단계를 ‘위헌심사척도 선택 단계’, ‘위헌심사척도 적용 단계’, ‘불확실성 해소 단계’라고 부르기로 한다). 제1단계인 ‘위헌심사척도 선택 단계’는 어떠한 위헌심사척도를 선택하여 위헌 여부를 판단할 것인지를 고르는 단계이다. 즉, 위헌 여부 판단을 위해 과잉금지원칙을 적용할지, 합리성심사를 할지, 죄형법정주의의 명확성 원칙을 기준으로 삼을지, 평등원칙을 적용할 것인지 등을 결정하는 단계가 ‘위헌심사척도 선택 단계’이다. 우리 헌법재판소의 결정례에서 종종 발견할 수 있는 ‘법률에 의해서 구체적으로 형성되는 권리로서 폭넓은 입법형성의 자유가 인정되므로 입법형성권이 명백히 일탈되었는지 여부를 심사한다.’는 표현이 위헌심사척도 선택 단계에 해당된다.⁶⁰⁰⁾

다음으로 제2단계인 ‘위헌심사척도 적용 단계’는 선택한 위헌심사척도를 심판대상조항에 적용하는 단계이다. 이는 일반적인 소송에서 법원이 법률조항을 사실관계에 적용하는 포섭과 본질적으로 유사하다. 예컨대 과잉금지원칙을 위헌심사척도로 정했다면, 이를 심판대상조항에 적용하는 것이 ‘위헌심사척도 적용 단계’이다.

대개의 경우 위와 같은 2단계 판단만으로 합헌 또는 위헌의 결론을 도출할 수 있다. 그러나 위헌심사척도의 적용 결과가 합헌인지, 위헌인지가 불확실한 경우가 발생할 수 있다. 심판대상조항이 합헌과 위헌의 경계선에 가까워지면 가까워질수록 과잉금지원칙을 위헌심사척도로 정해 이를 적용하는 것만으로는 합헌 또는 위헌의 결론을 자신 있게 내리기 어려워진다.⁶⁰¹⁾ 이러한 불확실한 상황에서는 세 번째 판단 단계인 ‘불확실성 해소 단계’를 수행해야 비로소 합헌 또는 위헌의 결론을 내릴 수 있다.

과잉금지원칙 역시 법규범의 일종이므로 불확실성을 피하기 어렵다. 예컨대 법익의 균형성 원칙을 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가

600) 예컨대, 헌재 2016. 2. 25. 2015헌바191, 판례집 28-1상, 156, 168, 169. “입법형성의 자유가 인정되는 경우 과잉금지원칙은 적용되지 않는다.”와 같은 견해[정종섭, 위의 책(2018), 제 387쪽]도 위헌심사척도 선택단계에 관한 것이다.

601) 그 대표적인 예가 ‘인식론적 불확실성’이다. 과잉금지원칙에서의 인식론적 불확실성에 관해서는 특히 Robert Alexy 2002, *op. cit.*, p. 420; Alan Brady 2012, *op. cit.*, p. 20; Julian Rivers 2007a, *op. cit.*, p. 178 각 참조.

치와 심판대상조항에 의해 제한되는 헌장상 권리의 구체적인 가치 사이에 적절한 균형관계가 있어야 한다'고 정해 놓아도, 구체적인 사안에서 어디까지를 균형 상태로 판단할 수 있는지 그 경계를 정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 이러한 불확실성은 과잉금지원칙의 다른 하위 원칙 판단에 있어서도 발생한다. 예컨대, 수단의 적합성 원칙에서는 심판대상조항이 입법목적 달성에 불확실성이 발생할 수 있다.⁶⁰²⁾ 또한 피해의 최소성 원칙에서 입법목적 달성이면서도 덜 제한적인 대안이 있는지를 살피려면, 입법목적 달성의 정도와 헌장상 권리 제한의 정도를 측정해야 하는데, 이러한 측정에는 불확실성이 개입할 여지가 있다.⁶⁰³⁾ 나아가 측정의 불확실성을 해결했다 하더라도, 심판대상조항과 입법대안의 입법목적 달성정도가 같은지, 헌장상 권리 제한 정도가 덜한지를 비교하는 과정에서도 불확실성이 발생할 수 있다. 특히 과잉금지원칙 판단은 과거의 사실은 물론이고 입법자의 예측판단의 당부를 다루는 경우도 많기 때문에 다른 법규범에 비해 판단의 불확실성이 더욱 크다.

(3) *Oakes* 심사에 있어 deference의 작용 단계

앞서 살펴본 바와 같이 법규범 적용에 있어 불확실성은 법규범의 속성 자체에서 유래하는 것이므로, 법규범과 불확실성은 물체와 그림자처럼 분리하기가 어렵다. 이러한 이유 때문에 불확실성을 제거하기 위해 증명책임 분배 원칙이나 법률해석 원칙 등의 상위의 법원칙이라는 제3의 요소를 도입하는 것이 필요하다.⁶⁰⁴⁾ 커먼로 국가들의 경우, 불확실성을 해결하기 위한 제3의 요소로 deference가 동원된다. 예컨대, deference의 필요성에 관해 Kavanagh는 다음과 같이 말한다.

602) Alan Brady 2012, *op. cit.*, p. 70.

603) *Ibid.*, pp. 70, 71. 공익의 존부 및 수단의 적합성 원칙과 피해의 최소성 원칙에서는 예측판단에 관해 불확실성이 발생할 수 있다는 견해로, 한수웅, 위의 책(2019), 제492, 493쪽; 한수웅, “규범통제제도의 형성과 발전 -규범통제 심사기준과 심사밀도를 중심으로-”, 헌법논총(2008), 제343, 344쪽; 손상식, “법률에 의해 구체화되는 기본권의 심사기준과 심사강도”, 전북대학교 법학연구소 법학연구 제43집(2014. 12.), 제139-147쪽. 수단의 적합성 원칙과 피해의 최소성 원칙에 있어서 예측판단과 입법자에 대한 평가의 여지에 관해서는 계획열, 위의 책(2007), 제156-158쪽.

604) 독일연방헌법재판소의 과잉금지원칙적용강도에 관한 3단계 구별인 명확성 통제, 납득가능성 통제, 내용통제를 입증책임 분배의 기준으로 파악하는 견해로, 이부하, “입법자의 입법형성권의 내용과 한계”, 법과 정책연구 제13집 제1호(2013. 3.), 제18, 19쪽 참조. 직권주의를 취하는 헌법소송의 경우, 주관적 입증책임은 문제되지 않지만, 객관적 입증책임은 문제되는데, 헌법소송에서 객관적 입증책임에 관하여 아직 정립된 이론이나 판례가 없다고 보는 견해로, 장선미, 위의 책(2019), 제232쪽 참조.

Deference는 불확실성에 대한 이성적 대처 방법이다.⁶⁰⁵⁾ deference란 다른 이의 판단에 우선권을 부여 하는 것이다. deference는 자신의 판단과 다른 사람의 판단이 서로 다를 때 혹은 올바른 판단이 무엇인지 잘 모를 때에 이루어진다.⁶⁰⁶⁾

이론적인 관점에서 보면 불확실성 해소 단계가 논리적으로 분명히 구별되지 만, 판결의 실제에 있어서 법원이 불확실성 해소 단계를 명확히 구별하여 판결 이유에 제시하는 경우는 드물다. 오히려 불확실성을 해소한 결과를 근거로 하여 법적 논증을 해 나가는 과정을 보여 주는 것이 판결이유의 주된 내용을 이루는 것이 보통이다. 사실적 불확실성이든 규범적 불확실성이든 그것을 해소한 결과가 무엇인지를 제시하고 이를 근거로 당해 사안을 해결하는 것이 판결의 본질적인 기능일 뿐, 그 근거에 있는 판단의 논리를 일반화하여 제시하는 것은 판결의 궁극적인 목표가 아니기 때문이다.

이와 같은 사정은 캐나다 연방대법원의 *Oakes* 심사에서도 크게 다르지 않다. 하지만, 앞서 살펴 본 *Oakes* 심사에 있어 deference에 관한 판결들에서 찾아 볼 수 있는 입법부의 입증책임과 입증정도에 관한 서술이나, 명확한 경계 선을 긋기 어려운 사안이라든가 과학적 입증이 힘든 사안이라는 것과 같은 표현은 불확실성이 발생했고, 불확실성을 해소하기 위해 deference 법리가 적용 되었음을 뜻한다.⁶⁰⁷⁾ 예컨대, *RJR-MacDonald* 판결이나 *Chaoulli* 판결에서 대 법관들의 결론은 입법대안이 심판대상조항만큼 입법목적을 달성할 수 있는지와 같은 ‘실증적(empirical)’ 물음에 대답하기 위한 증거가 부족한 상황에서, 그 물음에 ‘예(Yes)’라고 대답할 것인지를 결정하기 위해 입법재량을 얼마나 존중할지에 따라 달라졌는데, 이는 *Oakes* 심사의 적용 과정에서 발생한 불확 실성을 해결하기 위해 deference 법리가 적용되었음을 보여준다.⁶⁰⁸⁾

또한, 드물지만 때로는 불확실성 해소와 deference의 관계가 판례상 분명히

605) “Deference is a rational response to uncertainty.”(Aileen Kavanagh 2008, *op. cit.*, p. 171)

606) Aileen Kavanagh 2008, *op. cit.*, p. 185.

607) 같은 맥락에서 형량에 있어 입법자에게 어느 정도의 재량이 부여되어야 한다는 주장으로, Dan Meagher, *op. cit.*, p. 129.

608) Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 123. *RJR-MacDonald* 판결에서의 deference 법리를 인 식론적 불확실성 해소의 측면에서 분석하는 견해로, Sujit Choudhry 2006, *op. cit.*, pp. 524, 525도 참조.

언급되기도 하였다. 예컨대 캐나다 연방대법원은 “이러한 불확실한 상황을 고려하면, 법원은 어업에 대한 정부의 접근 방식에 대해 상당한 수준의 deference를 부여해야 한다.”고 실시하기도 하였고,⁶⁰⁹⁾ “우리가 내릴 수 있는 결론은, 불확실성의 상황에서 정부가 어떠한 행위를 해서는 안 된다는 것이 아니라, 오히려 법원이 합리적인 입법자의 판단에 대해 특별한 deference를 부여해야만 한다는 것이다”라는 미국 연방대법원의 판결을 직접 인용하기도 하였다.⁶¹⁰⁾

요컨대, *Oakes* 심사에 있어 deference는 일단 *Oakes* 심사를 위헌심사척도로 정한 후, 그 적용 과정에서 발생하는 불확실성을 해결하는 수단으로 ‘불확실성 해소 단계’에서 작용한다.⁶¹¹⁾ 이러한 점에서 *Oakes* 심사에 있어 deference는 *Oakes* 심사를 할지 말지와 같은 위헌심사척도 선택의 정당화 근거로서의 deference와 구별된다.

다. 과잉금지원칙 적용에 있어서의 강도 조절의 개념화

(1) 과잉금지원칙의 적용강도의 개념화 필요성

Oakes 심사는 이론적인 측면에서 보면 과잉금지원칙의 적용 방법 중 하나이다. *Oakes* 심사에 있어 deference는 입법재량 존중의 정도를 의미한다. 그런데 이론적인 관점에서 과잉금지원칙 적용에 있어 입법재량을 고려하는 것은 통상 과잉금지원칙의 적용강도로 논의된다. 즉, 입법재량을 존중하면 할수록 과잉금지원칙의 적용강도는 낮아진다. 이러한 상관관계 때문에, 과잉금지원칙을 받아들인 커먼로 국가에서 과잉금지원칙의 적용강도는 과잉금지원칙 적용에 있어 deference 법리로 논의된다.⁶¹²⁾

그런데 입법재량은 과잉금지원칙의 적용과정에서 발생하는 불확실성을 해결하는 경우에는 물론이고, 과잉금지심사를 할지, 합리성심사를 할지를 정함에

609) *R. v. Gladstone* [1996] 2 S.C.R. 723, para. 83.

610) *R. v. Swain* [1991] 1 S.C.R. 933, 1015. 인용된 미국 연방대법원 판결은 *Jones v. United States*, 463 U.S. 354, 365.

611) 과잉금지원칙 적용에 있어 deference에 관하여 예컨대, Alan Brady 2012, *op. cit.*, pp. 18-22; Caroline Henckels, “Proportionality and the Separation of Powers in Constitutional Review: Examining the Role of Judicial Deference”, *Federal Law Review*(2017), pp. 192, 193.

612) 예컨대, Alison Young, “In Defence of Due deference”, 72 *Modern Law Review*(2009), p. 555.

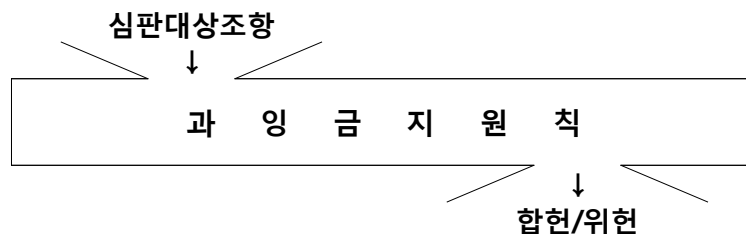
있어서도 고려된다. 그렇기 때문에 ‘과잉금지원칙의 적용강도’라는 개념도 과잉금지원칙을 심사척도로 적용할지 아니면 합리성심사와 같은 기준을 심사척도로 선택할지는 물론이고, 과잉금지원칙을 위헌심사척도로 선택한 이후 그 적용에 있어 강약을 조절하는 데에 이르기까지 다양한 의미로 사용될 수 있다.

이 논문의 분석 대상은 deference 전반이 아니라, *Oakes* 심사에 있어 deference이고 이는 앞서 살펴본 바와 같이 ‘불확실성 해소 단계’에서 작용한다. 따라서 *Oakes* 심사에서의 deference 법리를 정확하게 분석하려면, 위헌심사척도 선택에 있어 입법재량 존중과 과잉금지원칙의 적용에 있어서 입법재량 존중을 분리하여 정교하게 개념화할 필요가 있다. 즉, 다양한 의미로 사용될 수 있는 과잉금지원칙의 적용강도라는 개념 중 불확실성 해소 단계에서 작용하는 적용강도 조절만을 분리하여 지칭하는 개념을 마련할 필요가 있다. 이를 위해 먼저 ‘위헌심사척도’, ‘위헌심사강도’를 정확하게 개념화 한 후 과잉금지원칙의 각 하위 원칙의 적용에 있어 입법재량 존중 정도만을 가리키는 ‘과잉금지원칙적용강도’ 개념을 정립하기로 한다.

(2) 위헌심사척도

여러 가지 종류의 과잉금지원칙 적용방법을 일반화시켜 최소한의 공통점을 추출해 보면 ‘과잉금지원칙의 적용은 심판대상조항을 위헌 또는 합헌으로 분류하는 판단작용이다’가 된다. 즉, 과잉금지원칙의 적용은 아래 <그림 1>과 같이 심판대상조항을 과잉금지원칙이라는 함수 상자에 집어넣어(input), 합헌 또는 위헌의 결론을 얻어내는 것이다(output).⁶¹³⁾

<그림 1> 과잉금지원칙의 적용의 구조



613) 이러한 이치는 모든 규범 적용에 공통적이다. 예컨대, 의사표시를 취소할 수 있는 요건에 해당하는 사회적 사실이 발생했는지 아닌지, 절도죄의 구성요건에 해당하는 사회적 사실이 발생했는지 아닌지, 산지전용허가의 요건을 만족시키는 사회적 사실이 발생했는지 아닌지와 같은 판단이 모두 이에 해당된다.

이 논문은 과잉금지원칙의 논증구조를 분석하는 것을 주된 연구범위 중 하나로 삼는데, 이는 위와 같은 함수상자 안에서 벌어지는 판단작용의 구체적인 기준이 무엇인지 낱낱이 밝히는 작업이다. ‘과잉금지원칙 적용’의 본질이 심판대상을 합헌 또는 위헌으로 분류하는 것이므로, 과잉금지원칙을 적용하려면 일단 분류의 기준이 필요하다. 이 논문에서는 법률을 위헌 또는 합헌으로 분류하는 기준을 ‘위헌심사척도’라고 부르기로 한다.⁶¹⁴⁾ 예컨대, 사과를 대청이 잘 맞아 상품가치가 있는 것과 대청성을 잃어 상품가치가 없는 것으로 분류하는 상황을 가정하면, ‘대청성’과 같은 분류의 기준이 바로 위헌심사척도에 해당된다. 사과를 상품성이 있는 것과 없는 것으로 분류하는 기준은 ‘대청성’ 외에도 ‘크기’, ‘흠집의 개수’ 등 여러 가지가 있을 수 있다. 이러한 기준들이 모두 위헌심사척도에 해당된다. 법률을 합헌 또는 위헌으로 분류하는 기준도 과잉금지원칙, 영장주의, 포괄위임금지원칙 등 여러 가지가 있고, 이들 각각이 위헌심사척도에 해당된다. 과잉금지원칙은 여러 위헌심사척도 중 하나이다.

예컨대, 법익의 균형성 원칙은 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치와 심판대상조항에 의해 제한되는 헌법상 권리의 구체적인 가치 사이에 적절한 균형관계가 있어야 한다’는 명제이다. 이 역시 합헌과 위헌을 분류하는 기준이므로, 법익의 균형성 원칙도 위헌심사척도에 해당된다. 즉, 법익의 균형성 원칙은 과잉금지원칙이라는 위헌심사척도의 하위 위헌심사척도이다. 이 논문의 주된 연구대상인 과잉금지원칙의 논증구조는 과잉금지원칙을 이루는 세부적인 하위 판단기준을 의미하므로, 결국 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도의 세부적인 내용을 의미한다.

614) 이에 관해서는 용어가 통일되어 있지 않다. 심사기준이 크게 두 가지 의미로 쓰인다고 전제하고, 첫 번째 의미는 합헌, 위헌 여부를 어느 정도 엄격하게 심사하느냐이고, 두 번째 의미는 위헌 여부를 심사·논증하는 방법 내지 척도의 의미라고 구별한 후, 논리적으로 양자는 구별 가능하나 사실상 결합되어 있는 경우가 많다는 견해도 있고[김문현, 김주환, 임지봉, 정태호, 위의 책(2008), 제2-4쪽; 정영훈, 직업의 자유 침해 여부에 대한 심사기준-자격제도에 의한 직업의 자유 제한을 중심으로-, 헌법재판소 헌법재판연구원(2014), 제41쪽], 필자의 정의에 따른 위헌심사척도를 ‘심사기준’으로 부르는 견해도 있으며[손상식, 위의 논문(2014. 12.), 130쪽], 위헌심사척도 대신 ‘통제기준’이라는 용어를 사용하는 견해도 있다[김대환, “과잉금지원칙적용강도 - 비교법적 검토를 포함하여-”, 헌법학연구 제18집 제2권(2012), 302, 310쪽]. 또한 종래 필자는 법적 판단의 대상이 된 사회적 사실이 위법의 영역에 있는 것인지, 아니면 적법의 영역에 있는 것인지를 ‘심사척도’로 개념화하고, 특정한 사안이 심사척도에 부합하는지를 판단함에 있어 판단자가 취하는 엄격함의 정도를 ‘심사강도’로, ‘심사척도’와 ‘심사강도’를 합쳐서 ‘심사기준’으로 개념화하였다[이재홍, 위의 논문(2017. 12.), 제78, 79쪽; 이재홍, “재산권 관련 법률에 대한 위헌심사방법론 -민법 제746조(불법원인급여)의 위헌 여부 판단-”, 저스티스 제145호(2014. 12.), 제7, 8쪽].

여기에서 주의할 점은 위헌심사척도에 따른 판단결과는 ‘위헌심사척도에 부합한다’와 ‘위헌심사척도에 부합하지 않는다’의 둘 중 하나라는 점이다. 이러한 성질은 Alexy가 주장하는 ‘원리(principle)’들 사이의 균형 여부를 판단하는 위헌심사척도인 법익의 균형성 원칙 역시 마찬가지이다. Alexy의 주장대로 원리는 최대실현을 요구하는 것이므로 그 실현 정도에는 다양한 스펙트럼이 있다 하더라도, 원리들 사이의 균형이 달성되었는지 여부를 심사하는 척도인 법익의 균형성 원칙의 적용 결과는 ‘예’ 혹은 ‘아니오’의 둘 중 하나일 뿐이다. 요컨대 위헌심사척도는 Alexy가 말하는 ‘규칙(rule)’의 성질을 띤다.

위헌심사척도의 ‘규칙(rule)’으로서의 속성 때문에 위헌심사척도는 형사실체법상 구성요건이나 민사실체법상 법률요건과 같이 적법/위법을 가르는 경계선의 역할을 한다. 따라서 어느 두 위헌심사척도가 서로 같은지 다른지는 경계선의 모양이 어떠한지, 다시 말해 위헌심사척도의 구체적인 내용이 어떠한지에 따라 판단하여야만 한다. 예컨대 형법 제307조 제1항의 사실적시 명예훼손과 같은 조 제2항의 허위사실적시 명예훼손이⁶¹⁵⁾ 모두 ‘명예훼손죄’로 불리고 제307조에 함께 묶여 규정되어 있다고 하더라도, 양자는 엄연히 서로 다른 별개의 구성요건을 가진 죄이다. 즉, 공소사실에 적시된 행위가 형법 제307조 제1항에 위반되어 위법인지, 아니면 같은 조 제2항에 위반되어 위법인지는 서로 다른 기준에 의한 판단이다. 마찬가지로, 피해의 최소성 원칙을 생략한 과잉금지원칙과 피해의 최소성 원칙이 포함된 과잉금지원칙은 ‘과잉금지원칙’이라는 이름을 공유할 뿐, 양자는 서로 다른 위헌심사척도이다.

(3) 위헌심사강도

‘위헌심사척도 선택 단계’에서 어떠한 위헌심사척도를 선택할지를 결정하는 기준은 매우 다양하다. 예컨대, 심판대상조항이 형벌법규인지 아닌지에 따라 죄형법정주의의 명확성 원칙을 사용할지 말지를 정한다거나, 심판대상조항에 의한 실체적 헌법상 권리의 제한은 없지만 상대적 박탈감은 생기는 경우인지에 따라 평등원칙 적용 여부를 정하는 것과 같은 것이 이에 해당된다.

그런데 경우에 따라서는 ‘입법재량’ 혹은 ‘입법형성의 자유’가 ‘위헌심사척도

615) 제307조(명예훼손) ①공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

②공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

선택 단계'에서 과잉금지원칙이라는 위헌심사척도의 선택 기준으로 작용하는 경우도 있다.⁶¹⁶⁾ 예컨대, 우리나라 헌법재판소는 아래와 같이 제한되는 기본권이 법률에 의해 구체적으로 형성되는 권리로서 입법형성의 자유가 폭넓게 인정되는지를 기준으로 과잉금지원칙을 위헌심사척도로 선택할 것인지를 판단한다.

사회적 기본권의 성격을 가지는 기초연금수급권은 법률에 의해서 구체적으로 형성되는 권리로서, 국가가 재정부담능력과 전체적인 사회보장 수준 등을 고려하여 그 내용과 범위를 정하는 것이므로 폭넓은 입법형성의 자유가 인정된다. 따라서 심판대상조항이 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리를 침해하였는지 여부는 입법자에게 부여된 입법형성권이 명백히 일탈되었는지 여부에 달려 있다 할 것이다.⁶¹⁷⁾

이 경우 좀 더 면밀한 심사가 가능한 위헌심사척도를 선택하면 위헌의 결론에 이를 가능성이 높아지고, 면밀한 심사가 어려운 위헌심사척도를 선택하면 합헌의 결론에 이를 가능성이 높아진다. 즉, 위헌심사척도는 경우에 따라 입법형성의 자유 혹은 입법재량을 고려하여 선택할 수 있고, 그 선택에 따라 합헌/위헌의 결론에 이를 가능성이 달라진다. 이와 같이 특정 위헌심사척도를 선택함으로써 결정되는 위헌의 결론에 이를 경향성의 정도를 '위헌심사강도'로 개념화할 수 있다.

다만, 위헌심사척도의 선택은 항상 입법재량이나 위헌심사강도 조절과 연결되는 것이 아니라는 점에 주의할 필요가 있다. 입법재량의 정도는 위헌심사척도를 선택하는 여러 가지 요소들 중 하나에 불과하기 때문에 그와 무관하게 위헌심사척도가 선택되는 경우도 있다. 예컨대, 죄형법정주의원칙 위반을 위헌심사척도로 삼을지, 포괄위임금지원칙 위반을 위헌심사척도로 삼을지는 입법재량의 정도와는 직접적인 관련이 없다. 즉, 과잉금지심사와 합리성심사 사이의 선택과 같이 특정한 경우에만 위헌심사척도의 선택이 입법재량의 정도나 위헌심사강도 조절과 관련 있을 뿐이다.

616) “기본권의 제한에서 국회의 입법형성의 자유가 인정되는 영역에서는 과잉금지원칙이 적용되지 않는다.”는 견해로, 정종섭, 위의 책(2018), 제387쪽.

617) 헌재 2016. 2. 25. 2015헌바191, 판례집 28-1상, 156, 168, 169. 재판청구권에 관하여 과잉금지원칙 대신 합리성원칙을 위헌심사기준으로 선택하면서 광범위한 입법형성권을 근거로 드는 예로, 헌재 2014. 2. 27. 2013헌바178, 판례집 26-1상, 293, 299, 300,

(4) 과잉금지원칙적용강도

위헌심사척도와 위헌심사강도는 모두 ‘위헌심사척도 선택 단계’에 관한 개념이다. 이와 구별하여 ‘불확실성 해소 단계’에서 입법재량을 고려하여 정하는 위헌 결론에의 경향성의 정도를 가리켜 ‘위헌심사척도의 적용강도’로 개념화할 수 있다. 이는 위헌심사척도의 적용에서 발생하는 불확실성을 해결하기 위하여 심판대상조항을 가급적 합헌으로 볼 것인지, 아니면 위헌으로 볼 것인지의 판단의 경향성을 정하는 것이다.

과잉금지원칙이라는 위헌심사척도를 사용하는 법률의 위헌 여부 심사에서도 사실인정의 측면에서 불확실성이 발생한다. 예컨대, 수단의 적합성 원칙 및 피해의 최소성 원칙 판단에 있어 ‘이 법률이 입법목적에 기여할 것인지에 관한 입법자의 예측판단’에 관해서는 사실인정의 측면에서 불확실성이 생길 수 있다. 나아가 ‘심판대상조항과 입법대안의 입법목적 달성 정도가 같은지 다른지(피해의 최소성 원칙)’, ‘헌법상 권리 제한과 입법목적 달성 정도 중 어느 쪽을 더 무겁게 평가할지(법익의 균형성 원칙)’와 같은 법적 평가의 측면에서도 발생한다.⁶¹⁸⁾ 이러한 불확실성이 있다고 해서 사법부가 판단불능이라는 결론을 낼 수는 없다. 그러한 사실적, 규범적 불확실성은 입법부의 판단을 존중할지 여부를 정함으로써 해결할 수 있다.⁶¹⁹⁾ 이와 같이, 과잉금지원칙을 위헌심사척도로 선택하여 적용한 후 그 적용과정에서 발생하는 불확실성을 해결하기 위하여 정하는 위헌의 결론에 이를 경향성의 정도를 과잉금지원칙의 적용강도로 개념화할 수 있다.⁶²⁰⁾

이 논문에서는 과잉금지원칙 적용시 ‘불확실성 해소 단계’에서 입법재량을

618) Schlink는 이 점을 과잉금지심사의 첫 번째 단점으로 꼽고, 판단의 주관성을 두 번째 단점으로 꼽는다(Bernhard Schlink 2012, *op. cit.*, p. 299).

619) 이는 우리 판례에서는 ‘입법형성권’으로, 영미에서는 ‘deference’, ‘margin of appreciation’, ‘margin of discretion’, ‘variable intensity of review’, ‘sliding scale of review’와 같은 개념으로 논의된다.

620) 이에 관해 과잉금지원칙의 적용강도를 어떻게 정하는지에 따라 불확실성의 여부가 결정되거나, 그 범위가 결정되는 것이라는 견해도 가능하다. 우선, 과잉금지원칙의 적용강도를 정함으로써 인하여 불확실성이 사라지는 경우에는 더 이상 불확실성이 남아 있지 않으므로 논의의 실익이 적다. 다음으로, 과잉금지원칙적용강도를 정함으로써 불확실성의 범위가 결정되는 경우에는 불확실성이 여전히 남기 때문에 이를 어떻게 처리할지는 다시 입법재량 존중의 정도를 정해서 해결하여야 한다. 따라서 이론적인 틀을 구성함에 있어서는 불확실성이 발생하고, 이를 해결하기 위해 입법재량의 존중 정도를 어떻게 정해야 하는지의 순서로 논의를 전개하는 것이 효과적인 것으로 보인다.

고려하여 정하는 위헌 결론에의 경향성의 정도를 명확히 구별하여 지칭하기 위해 ‘과잉금지원칙적용강도’라는 용어를 사용하기로 한다. 과잉금지원칙적용강도는 불확실성에 따르는 오판의 위험을 입법부가 부담할지, 사법부가 부담할지의 문제이므로, 입법재량의 존중 정도에 따라 정해진다. 예컨대, 우리나라 판례에서는 피해의 최소성 원칙의 적용강도를 다음과 같이 다루기도 한다(밀줄은 필자).

기본권을 제한하는 법률의 위헌성여부가 미래에 나타날 법률 효과에 달려 있다면, 헌법재판소가 과연 어느 정도로 이에 관한 입법자의 예측판단을 심사할 수 있으며, 입법자의 불확실한 예측판단을 자신의 예측판단으로 대체 할 수 있는 것일까? (중략) 개인이 기본권의 행사를 통하여 일반적으로 타인과 사회적 연관관계에 놓이는 경제적 활동을 규제하는 사회·경제 정책적 법률을 제정함에 있어서는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하는 것이 타당하다고 본다.⁶²¹⁾

위 선례에서 고려한 입법재량 존중의 정도가 바로 과잉금지원칙적용강도이다.

(5) 위헌심사강도와 과잉금지원칙적용강도의 비교

(가) 위헌심사강도와 과잉금지원칙적용강도의 차이점

위헌심사강도와 과잉금지원칙적용강도는 모두 입법재량과 관련 있고,⁶²²⁾ 각각의 강도를 강하게 하면 위헌의 결론이 나오기 쉽게 되고, 약하게 하면 합헌의 결론이 나오기 쉽게 되는 공통점이 있다. 이러한 이유 때문에 양자를 구별하지 않고 논의하는 경우도 있다.⁶²³⁾ 그러나 위헌심사강도와 과잉금지원칙적용강도는 작용하는 판단단계가 각각 ‘위헌심사척도 선택 단계’와 ‘불확실성 해

621) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 432, 433.

622) 성정엽, 위의 논문(2013. 6.), 제18쪽.

623) 예컨대, 입법자에 대한 통제의 범위와 강도를 유형화하기 위한 여러 가지 기준 중의 하나로 과잉금지원칙을 제시하고, 과잉금지원칙 자체의 설명 안에서 명백성 통제와 같은 완화된 심사기준에 관해 검토한다거나, 과잉금지원칙적용강도에 관한 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76 등 판결과 과잉금지원칙을 위헌심사척도로 선택하지 않은 판결들을 같은 평면에서 논의하는 견해가 있다[방승주, “헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도 -입법자의 형성의 자유와 그 한계에 대한 헌법재판소의 지난 20년간의 판례를 중심으로-”, 공법연구 제37집 제2호(2008. 12.), 제128-131쪽, 제150-152쪽].

소 단계'로 서로 다르다.

위헌심사강도는 위헌심사척도 선택 단계에서 고려되는 입법재량 존중 정도에만 관련이 있다. 위헌심사척도 선택은 민, 형사 소송의 경우 계약책임을 물을지 불법행위책임을 물을지, 형법상 수뢰죄를 적용할지 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률상 수뢰죄를 적용할지와 같은 위법 여부를 가르는 판단기준을 선택하는 것에 상응한다. 다만, 민사소송이나 형사소송의 경우 위법심사척도의 선택에 있어 입법재량을 고려할 필요가 없다는 점이 다르다.

반면, 과잉금지원칙적용강도는 과잉금지원칙 적용에서 발생하는 불확실성을 해결하기 위한 도구이므로 위헌심사척도 선택과는 무관하다. 과잉금지원칙적용강도는 위헌심사척도가 이미 과잉금지원칙으로 정해졌음을 전제로 하여 그 적용과정에서 발생하는 불확실성을 해결하는 문제와 관련이 있다. 과잉금지원칙적용강도는 민, 형사 소송에서의 증명책임과 유사한 기능을 한다. 앞서 살펴본 바와 같이, 법관이 불확실성에 직면하여 판단불능 상태에 이를 때 누구에게 오판으로 인한 위험을 부담시키고 결론을 낼 것인지를 해결하기 위한 것이 증명책임의 기능인데, 과잉금지원칙 적용에서는 과잉금지원칙적용강도가 그러한 기능을 담당한다. 과잉금지원칙 적용 과정에서 불확실성을 마주한 재판관은 그 불확실성으로 인한 불이익을 입법부에게 부담시킬 것인지 여부를 입법재량의 존중 정도를 고려하여 정한다.

이와 같이 위헌심사강도와 과잉금지원칙적용강도가 공히 입법재량과 관련이 있다 하더라도, 양자가 분명히 구별되기 때문에 같은 사건에서 똑같이 입법재량을 고려해도 양자의 판단 결과는 다르게 나올 수 있다. 예컨대, 입법재량을 감안하여 합리성심사와 과잉금지심사 중 과잉금지심사라는 보다 엄격한 위헌심사척도를 선택하였다 하더라도(위헌심사척도 선택 단계), 과잉금지원칙의 적용은 엄격하게 할 수도 있고, 완화해서 할 수도 있다(불확실성 해소 단계). 양자의 판단 모두에서 입법재량이 고려되나, 그 판단 결과는 위헌심사척도 선택 단계에서는 '엄격'으로, 불확실성 해소 단계에서는 '완화'로 서로 다를 수 있다.

(나) 위헌심사강도와 과잉금지원칙적용강도를 구별해야 하는 이유

이와 같이 위헌심사강도는 위헌심사척도의 선택과 관련이 있고, 과잉금지원칙적용강도는 선택한 위헌심사척도의 적용과정에서 발생하는 불확실성과 관련이 있으므로, 위헌심사강도를 정당화하는 사유와 과잉금지원칙적용강도를 정당

화하는 사유는 다르다. 위헌심사강도, 즉 과잉금지원칙이라는 위헌심사척도를 선택할지 여부는 입법재량 존중 정도는 물론이고, 일반적 법률유보조항(우리의 경우, 헌법 제37조 제2항)의 해석론,⁶²⁴⁾ 제한되는 기본권에 적용되어야 할 특수한 위헌심사척도의 존재 여부(예컨대, 수용에 의한 재산권 제한에 관한 헌법 제23조 제3항) 등을 복합적으로 고려하여야 한다. 반면, 과잉금지원칙적용강도는 불확실성으로 인한 불이익을 입법자에게 부과할 것인지에만 관련이 있으므로, 입법재량 존중의 정도만 고려하는 것으로 족하다. 이와 같이 양자를 구별해야 충분한 이유 제시 없이 과잉금지원칙이라는 위헌심사척도를 선택하거나 선택하지 않는 것을 방지할 수 있음은 물론이고, 과잉금지원칙 적용과정에서 발생하는 불확실성을 은연중에 무시하는 것을 막을 수 있다.

형사소송에서 유/무죄가 불확실한 경우 무죄추정원칙에 따라 가급적 무죄로 판단한다고 해서 자의적인 재판으로 볼 수 없듯이, 법률에 대한 위헌 여부 심사를 하는 헌법소송에서 과잉금지원칙 위반 여부가 불확실한 경우 입법재량의 크기에 따라 가급적 합헌으로 혹은 가급적 위헌으로 판단한다고 하여 이를 자의적인 재판이라고 보기는 어렵다. 언제 가급적 합헌으로 볼 것인지, 언제 가급적 위헌으로 볼 것인지를 기준을 정해 두고, 사건마다 위헌 또는 합헌의 경향성을 택한 합리적인 이유를 밝힌다면, 재판관의 자의가 개입하기는 어려워지기 때문이다.

위헌심사강도와 과잉금지원칙적용강도를 구별하면, 과잉금지원칙적용강도 조절의 이유 제시가 용이해질 뿐 아니라, 그 이유를 제시하지 않는 것이 구조적으로 어려워진다. 결정문에 위헌심사강도 선택의 이유만 제시하고 과잉금지원칙적용강도 선택의 이유를 제시하지 않으면 금방 눈에 띄기 때문이다. 특히, 같은 사건에서도 위헌심사강도와 과잉금지원칙적용강도의 정당화 사유나, 구체적인 강도는 서로 달라질 수 있으므로, 양자를 명확히 구별함으로써 양자 모두에 대해 왜 그러한 수준의 강도를 선택하였는지에 대해 구체적인 근거를 제시할 수 있다. 이를 통해 과잉금지원칙에 대한 비판론 중 하나인 임시변통적 형량(ad hoc balancing)에 대해서도 효과적인 반박을 할 수 있다.

(6) 요약: 위헌심사척도, 위헌심사강도, 과잉금지원칙의 논증구조, 과잉

624) 특히, 우리 헌법 제37조 제2항에 있어서는 기본권 제한의 개념이 중요하다. 기본권의 제한과 형성 개념 및 우리 헌법 해석상 기본권 제한법률과 보장법률에 대한 위헌심사척도에 관해서는 이재홍, 위의 논문(2014. 12.), 제10-15, 17-25쪽 참조.

금지원칙적용강도 사이의 관계

과잉금지원칙을 적용하려면, 과잉금지원칙을 비롯한 여러 가지 선택 가능한 위헌 여부 판단 기준들 중에 과잉금지원칙을 골라야하고, 과잉금지원칙의 구체적인 내용을 알아야 하며, 과잉금지원칙 적용 과정에서 판단 불능의 상황에 직면하였을 때 이를 해결할 기준이 있어야 한다. 이 논문에서는 과잉금지원칙과 같이 위헌 여부를 판단하는 기준들을 통칭하기 위하여 위헌심사척도라는 개념을 상정하였다. 여러 가지 위헌심사척도 중 어느 하나를 선택함에 있어 입법재량을 고려할 수도 있는데, 그 결과 특정 위헌심사척도를 선택함으로써 합헌 또는 위헌의 결론에 이를 경향성이 달라지는 정도를 위헌심사강도로 정의하였다. 위헌심사척도와 위헌심사강도는 모두 과잉금지원칙을 적용하기로 결정하기 이전에 이루어지는 판단 작용과 관련이 있다.

일단 과잉금지원칙을 위헌심사척도로 선택한 후에는 과잉금지원칙의 구체적인 내용을 알아야 하는데, 이 논문에서는 이를 가리키는 개념으로 과잉금지원칙의 논증구조라는 용어를 상정하였다. 과잉금지원칙의 논증구조를 파악하고 나면 비로소 실제 사안에 과잉금지원칙을 적용할 수 있다. 그런데 그 적용과정에서 심판대상조항이 과잉금지원칙에 위반되는지 여부가 불확실하여 판단불능 상태에 이르는 경우가 생기기도 한다. 이 경우 입법재량 존중의 정도를 고려하여 판단불능 상태를 해소할 수 있는데, 이 논문에서는 이 단계에서 비로소 작용하는 입법재량 존중의 정도를 과잉금지원칙적용강도로 정의하였다.

이상과 같은 이 논문의 단계적 접근법과 달리 위와 같은 판단 과정을 모두 아울러 과잉금지원칙의 적용으로 파악하고, 이 과정 모두에 적용될 수 있는 입법재량 존중의 정도에 관한 단일 이론을 모색하는 것도 생각해 볼 수 있다. 하지만 이 논문은 입법재량 존중의 정도에 관하여 폭넓게 적용 가능한 통일적 이론을 구성하는 대신 입법재량 존중의 정도가 작용하는 국면을 단계적으로 나누어 이론화하는 방향을 채택하였다. 이 논문에서 이와 같이 단계적인 접근법을 채택한 이유는 위헌심사척도의 선택이나 위헌심사강도 조절, 과잉금지원칙의 논증구조의 변형, 과잉금지원칙적용강도의 조절에 있어 입법재량이 공통적으로 작용할 수 있지만, 위 각 경우들 중에는 입법재량만을 논거로 제시하여서는 제대로 된 이유 제시라고 볼 수 없는 경우가 있기 때문이다. 또한, 같은 사건이라 하더라도 입법재량의 고려 결과가 위 각각의 경우마다 다를 수 있기 때문이다. 따라서 위 각 판단단계별로 입법재량이 어떻게 작용하는지, 입법재

량 이외에 어떠한 요소를 고려하여야 하는지를 면밀히 밝히는 것이 과잉금지 원칙 적용의 설득력을 높이는 방안이라 생각한다.

이제 이하에서는 위와 같이 정립한 기본 개념과 연구의 방향성을 기초로 하여 과잉금지원칙적용강도에 대한 이론들을 차례로 살펴본다. 그런 다음 이를 바탕으로 Oakes 심사에 있어 deference 법리를 이론적인 관점에서 조명해 보기로 한다.

2. 과잉금지원칙적용강도에 대한 이론

가. Alexy의 이론

(1) 입법자의 재량이론

Alexy는 입법자의 재량을 크게 둘로 나눈다. 첫째는 '구조적 재량(structural discretion)'이고, 둘째는 '인식론적 재량(epistemic discretion)'이다. 인식론적 재량은 다시 '경험적(empirical) 인식에 있어서의 재량'과 '규범적(normative) 인식에 있어서의 재량'으로 나뉜다(이하에서는 각각을 '경험-인식론적 재량', '규범-인식론적 재량'이라 한다).⁶²⁵⁾

Alexy에 따르면, 과잉금지원칙 적용에 있어 입법재량은 두 가지 상황에서 고려된다. 첫째는 비교형량에 있어 구조적 재량과 관련이 있다. 법익의 균형성 원칙 단계에서 비교의 대상인 입법목적 충족의 중요성의 정도와 헌법상 권리 제한의 심각성의 정도가 동일한 경우가 여기에 해당된다. Alexy는 이를 '비교 불가 사안(stalemate case)'라고 부른다. 이 경우에는 입법부의 판단이 존중된다.⁶²⁶⁾ 이는 비교형량에 있어서의 구조적 재량이 발생하는 경우에는 과잉금지원칙적용강도를 완화한다는 의미이다. Alexy에 의하면, 과잉금지원칙 적용에 있어 입법재량은 인식론적 재량과도 관련이 있다. Alexy는 이를 형량 제2법칙으로 개념화한다. 이에 관해서는 항을 달리 하여 살펴본다.

625) Robert Alexy 2002, *op. cit.*, p. 393.

626) Alexy에 따르면 비교불가 상황은 헌법상 권리의 규범적 구조(normative structure of constitutional rights) 때문에 발생하기도 하고, 인식론적 한계(limits to our possible knowledge)에서 발생하기도 한다. 헌법재판소가 비교불가상황에 대해 합헌 선언을 함으로써 입법부는 비교불가상황의 입법에 대해서는 특별히 조치를 취하지 않아도 된다. 이러한 입법부의 재량 중 전자에 의해 발생하는 것을 구조적 재량(structural discretion)이라 하고, 후자에 의해 발생하는 것을 인식론적 재량(epistemic discretion)이라 한다(*Ibid.*, pp. 413, 414).

(2) 형량 제2법칙

Alexy는 인식론적 재량에 의해 입법재량이 발생하는 경우 과잉금지원칙적용 강도는 아래와 같이 정식화할 수 있는 ‘형량 제2법칙(second law of balancing)’⁶²⁷⁾에 의해 결정된다고 본다.

헌법상 권리에 대한 제한이 중대할수록 그 제한을 정당화하는 전제사실들에 대한 확실성이 커야 한다.⁶²⁸⁾

Alexy는 독일연방헌법재판소의 공동결정에서의 3단계 위헌심사강도 분류를 ‘내용에 관한 심층 심사(intensive review of content)’, ‘납득가능성 심사(plausibility review)’, ‘증거 심사(evidential review)’로 보고, 이를 인식론적 재량을 형량 제2법칙에 맞추어 3단계로 유형화 하는 것에 상응한 것이라고 평가한다. 즉, Alexy에 따르면 헌법상 권리에 대한 제한이 중대하면 그 경험적 전제의 실질적 내용 자체의 확실성도 높아야 한다. 중간 정도의 확실성은 헌법상 권리 제한의 전제가 납득가능하거나 주장 가능할 정도는 되어야 함을 의미한다. 가장 낮은 정도의 확실성은 경험적 전제를 뒷받침하는 증거들이 오류가 아니면 된다는 것을 의미한다.⁶²⁹⁾

나. Rivers의 이론

(1) 개관

Rivers의 이론은 Alexy의 구조적 재량과 인식론적 재량 개념을 기본으로 한다. Rivers는 과잉금지원칙 적용에 있어서는 ‘실체적인 과잉금지의 원리(substantive principle of proportionality)’와 ‘형식적인 과잉금지원칙적용강도의 원리(formal principle of intensity of review)’의 두 가지가 작동하고, 인식론적 혹은 규범적 불확실성을 해결하기 위한 과잉금지원칙적용강도의 원리는 기관의 능력과 정당성을 고려한 권력분립을 감안하여야 한다고 주장한

627) 형량 제2법칙은 ‘경험적 요소에 관한 형량법칙(empirical law of balancing)’이라고도 한다 (*Ibid.*, p. 418).

628) 원문은 다음과 같다. “The more heavily an interference in a constitutional right weighs, the greater must be the certainty of its underlying premisses.”(*Ibid.*, p. 419)

629) *Ibid.*, pp. 419, 420. Alexy는 내용에 관한 심층심사를 채택한 독일연방헌법재판소 결정례로 종신형에 관한 BVerfGE 50, 290(333)을, 납득가능성 심사를 채택한 결정례로 마리아나에 관한 BVerfGE 90, 145(182)를 든다.

다.⁶³⁰⁾ 이를 바탕으로 Rivers는 ‘과잉금지원칙적용강도 다양화 원칙(doctrine of variable intensity of review)’⁶³¹⁾에 관한 연구를 수행한다. 과잉금지원칙 적용강도 다양화 원칙에 관한 Rivers의 이론은 물론이고, 그에 대한 평가 역시 과잉금지원칙적용강도 다양화 원칙이 위헌심사척도 선택 단계에서 과잉금지원칙이라는 위헌심사척도를 선택할지 여부에 관한 것이 아니라, 불확실성 해소 단계에서 과잉금지원칙이라는 위헌심사척도를 적용하는 강도의 다양화라는 점을 분명히 인식하는 바탕 위에서 이루어진다.⁶³²⁾

Rivers의 연구는 권력분립원리가 붕괴되지 않으려면 재량에 관한 이론이 과잉금지원칙의 전 영역에 걸쳐 차원을 달리하여 구축되어야 함을 전제로 한다.⁶³³⁾ 즉, 과잉금지원칙의 내용은 입법부가 적용할 때나 사법부가 적용할 때나 차이가 없기 때문에, 사법부가 과잉금지원칙 위반 여부의 최종적 판단권을 가지고 있는 이상 입법부의 판단은 항상 사법부의 판단으로 대체될 위험이 있다는 것이다. 이러한 이유에서 Rivers는 과잉금지원칙을 실제로 적용함에 있어서는 과잉금지원칙 자체와는 구별되는 적용 원칙이 있어야만 권력분립원리와 모순을 피할 수 있다고 본다. 이를 통해 과잉금지원칙은 강하게도 약하게도 적용할 수 있는 원칙이 된다.⁶³⁴⁾

Rivers는 이와 같이 과잉금지원칙이 여러 종류의 다양한 위헌심사척도 중 최고로 강력한 위헌심사척도라기보다는 그 자체로 여러 가지 강도로 적용될 수 있는 유연한 원리이므로, 그 적용강도의 다양화를 논하는 것이 논리적으로 맞아 떨어진다고 본다.⁶³⁵⁾ 이러한 Rivers의 견해는 과잉금지원칙 적용에 있어 불확실성을 인정하고, 형량 제2법칙을 통해 불확실성과 입법재량과의 관계를 명확히 규명한 데에 따르는 자연스러운 귀결로 보인다. Rivers는 과잉금지원칙 적용강도 완화의 근거를 사법부의 전문성의 상대적 부족을 이유로 과잉금지원

630) Julian Rivers 2006, *op. cit.*, pp. 177, 182.

631) *Ibid.*, p. 207.

632) Jeff King, “Proportionality: A Halfway House”, *New Zealand Law Review*(2010), p. 359.

633) Julian Rivers, “Proportionality and discretion in International and European Law”, *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, ed. N. Tsagourias, Cambridge University Press(2007b), p. 107.

634) Julian Rivers, “Constitutional Rights and Statutory Limitations”, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt, Oxford University Press(2012), p. 252.

635) Julian Rivers 2006, *op. cit.*, p. 203.

칙적용강도를 낮추는 ‘존중(deference)’과 정당성의 부족을 이유로 과잉금지원칙적용강도를 낮추는 ‘자제(restraint)’로 나눈다.⁶³⁶⁾

(2) 과잉금지원칙적용강도 다양화 원칙의 구체적 내용

Rivers는 Alexy가 형량 제2법칙에서 말하는 “확실성(certainty)”이란 정확히 말해 “가능성(probability)”이 아니라 “신뢰성(reliability)”이라고 보고,⁶³⁷⁾ 형량 제2법칙을 다음과 같이 재정의한다.

헌법상 권리 제한의 정도가 크면 클수록 입법목적이 충분히 큰 정도로 실현될 수 있다는 입법자의 판단에 대한 신뢰성이(reliability) 커야만 한다.⁶³⁸⁾

즉, Rivers에 따르면, 이와 같이 규범-인식론적 재량 혹은 입증재량은 입법자의 사실에 관한 예측 판단의 신뢰성에 관한 것이고, 헌법상 권리 제한의 정도가 크면 클수록 사법부는 사법심사 과정에서 입법자에게 예측 판단의 신뢰성을 더 강하게 입증하도록 요구할 수 있다.⁶³⁹⁾ Rivers는 사법부가 권리의 제한 정도나 입법목적의 구체적 실현 정도를 평가함에 있어 얼마나 세밀한 눈금을 사용하는지에 따라 입법부의 재량이 결정되고, 입법자의 재량은 눈금의 세밀함에 반비례한다고 본다.⁶⁴⁰⁾ Rivers는 구체적으로 과잉금지원칙적용강도 다양화 원칙을 다음과 같이 설명한다.

형량 제2법칙은 과잉금지원칙적용강도를 결정하는 법칙이므로 이를 일반화하면, “헌법상 권리 제한의 정도가 클수록 사법부의 과잉금지원칙 적용강도는 강해져야 한다”가 된다. 과잉금지원칙적용강도를 결정하는 일반원칙으로서의 형량 제2법칙은 다음의 네 가지로 구체화할 수 있다. (1) 판단 대상인 헌법상 권리가 중요하면 할수록 구조적 재량의 범위는 줄어든다. (2) 헌법상 권리 제한의 정도가 크면 클수록 심판대상조항을 제정한 사실상의 근거를 확립함에 있어 입법절차에서 더 많은 자원을 투입 하여야 한다. (3) 헌법상 권리 제한의 정도가 클수록 사법부는 동일한 정도로 입법목적을 달성

636) *Ibid.*, pp. 195, 203.

637) 이 점에 관해서는 Alexy도 Rivers의 주장이 맞다고 인정하였다(Robert Alexy 2017, *op. cit.*, p. 345).

638) Julian Rivers 2007a, *op. cit.*, pp. 182, 183.

639) *Ibid.*, p. 183.

640) *Ibid.*, pp. 184-185.

하면서도 헌법상 권리 제한의 정도가 조금이라도 적은 입법대안을 찾으려고 더욱 노력하고, 입법목적 달성의 정도와 헌법상 권리 제한의 정도를 더욱 세밀하게 구별하여 판단한다.⁶⁴¹⁾ (4) 권리나 이익의 균형상태를 실현하는 과정에 민주적 정당성이 크게 부여될수록 법원은 그 판단을 존중한다.⁶⁴²⁾

(3) 과잉금지원칙의 하위 원칙별 적용강도의 다양화

Rivers는 우선 목적의 정당성 원칙과 수단의 적합성 원칙 단계에는 입법자의 재량의 영역이 매우 넓으므로, 그 한계를 명확히 정해 주는 것으로 충분하고 '존중(deference)'과 '자제(restraint)'는 발생하지 않는다고 본다.⁶⁴³⁾

다음으로 Rivers는, 피해의 최소성 원칙 심사는 효율성 혹은 파레토 적합성을 따지는 것이므로, 입법자에게는 실현할 공익의 수준을 정할 재량이 있고, 이 단계에서 사법부는 실현할 공익의 정도의 당부에 대해서는 판단을 '자제'해야 한다고 본다. Rivers에 따르면, 심판대상조항이나 입법대안이 입법목적 얼마나 달성하는지는 정확히 측정할 수 없는 예측판단이므로 불확실성이 있고, 그러한 예측판단에 있어 입법부가 전문성이 있다면 사법부는 입법부의 판단을 '존중'하는 것이 타당하다고 주장한다.⁶⁴⁴⁾

법익의 균형성 원칙에 관하여 Rivers는 세 가지 단계의 사법 자제가 가능하다고 본다. 그에 따르면, '높은 수준의 사법 자제'란 사법부가 특정 수준의 공익을 달성하기 위해 필요할 뿐 아니라 법익 사이의 균형도 이루었다는 입법부의 판단에 의문을 제기하는 것을 매우 꺼려하는 것을 말하고, '중간 수준의 사법 자제'란 사법부가 심판대상조항의 득과 실이 대략적으로 균형 잡혀 있는지를 살펴보는 것을 말하며, '낮은 수준의 사법 자제'란 심판대상조항이 설령 입법목적 달성을 위해 필요하다 하더라도 그것이 관련된 권리와 이익을 조정하는 최선의 방안인지를 심사하는 것을 의미한다.⁶⁴⁵⁾

Rivers는 '존중(deference)'의 경우, 사법부의 상대적인 전문성 열위에서 오는 것이므로 그 수준은 사법부가 입법부의 전문적 능력을 얼마나 신뢰하는지에 따라 다양한 형태로 가능하다고 본다. Rivers에 따르면, 존중의 정도는 사

641) Julian Rivers 2007a, *op. cit.*, p. 187.

642) Julian Rivers 2012, *op. cit.*, p. 254.

643) *Ibid.*, pp. 198, 202.

644) *Ibid.*, pp. 199, 200.

645) *Ibid.*, p. 203.

법부가 입법부의 판단을 신뢰하기 위해 요구하는 근거의 엄격함에 따라 정해지는데, 사법부는 입법부의 주장을 그대로 받아들일 수도 있고, 선서를 요구할 수도 있으며, 입법부에게 자신의 판단의 근거가 된 사실 자료를 제출하라고 요구할 수도 있으며, 사실 자료 수집 과정의 엄격성까지 요구할 수도 있다.⁶⁴⁶⁾

다. Klatt과 Meister의 이론

(1) 개관

Klatt과 Meister는 목적의 정당성 원칙과 수단의 적합성 원칙 단계에서 입법자는 정당한 목적들 사이에 어느 것을 선택할 것인지, 입법목적 달성에 기여하는 여러 종류의 수단들 중 어느 것을 선택할 것인지에 있어 넓은 구조적 재량이 있다고 보고, 피해의 최소성 원칙 단계에서는 특정한 수준의 목적을 달성하면서 헌법상 권리 제한 정도는 동일한 여러 법률안들 중 어느 하나를 선택할 구조적 재량, 법익의 균형성 원칙 단계에서는 대립하는 헌법원리들 각각이 제한되는 정도가 동일한 경우에 어느 쪽을 우선시 할 것인지를 선택할 구조적 재량이 있다고 본다.⁶⁴⁷⁾ Klatt과 Meister는 인식론적 불확실성이 생기는 경우에는 항상 인식론적 재량이 발생하고, 이러한 인식론적 불확실성은 경험적인 문제에도 규범적인 문제에도 생길 수 있는데, 양자는 모두 Alexy의 형량 제2법칙과 관련된다고 본다.⁶⁴⁸⁾ 이러한 점에서 Klatt과 Meister의 이론은 Alexy와 Rivers의 이론과 맥락을 같이 한다.

Klatt과 Meister는 Alexy와 Rivers의 이론을 더 발전시켜 헌법상 권리 제한 정도 자체의 불확실성을 해결할 수 있는 원칙으로 분류형량을 제시하고,⁶⁴⁹⁾ Alexy의 형량 제2법칙에서 과잉금지원칙적용강도에 관한 부분을 개념상 완전히 분리해 내어 이를 ‘형식적 헌법원리가 작용하는 심사 차원’으로 개념화한다.⁶⁵⁰⁾

(2) 분류형량(classification balancing)

Klatt과 Meister의 분류형량 이론은 ‘헌법상 권리에 대한 제한이 얼마나 중

646) *Ibid.*, pp. 203, 204.

647) Matthias Klatt, Moritz Meister 2012, *op. cit.*, pp. 79, 80.

648) *Ibid.*, p. 130.

649) *Ibid.*, p. 118.

650) *Ibid.*, p. 143.

대한지에 관해서도 불확실성이 있을 수 있는데, 이를 어떻게 해결할지에 관한 논의가 결여되어 있는 것이 오늘날 비교형량이론의 근본적인 공백임'을 인식하는 지점에서부터 출발한다.⁶⁵¹⁾ Klatt과 Meister는 헌법상 권리 제한의 정도가 불확실한 경우, 이는 ①헌법상 권리 제한이 중대하다고 볼 수 있는 전제들의 '신뢰성(reliability)'과 ②헌법상 권리 제한이 중대하지 않다고 볼 수 있는 전제들 사이의 신뢰성 사이의 형량으로 해결해야 한다고 본다.⁶⁵²⁾ Klatt과 Meister는 이를 헌법상 권리 제한의 정도를 분류하기 위한 형량이라는 의미에서 '분류형량(classification balancing)'이라고 부른다.⁶⁵³⁾ Klatt과 Meister에 따르면, 비교형량을 하는 사람이 임의로 헌법상 권리 제한 정도가 경한지 중한지를 정하는 것이 아니라 분류형량의 결과에 따라 헌법상 권리 제한 정도를 결정해야 하고, 분류형량의 결과가 판단불능 상태(stalemate)에 빠질 때 비로소 비교형량을 하는 사람에게 헌법상 권리 제한 정도를 정할 재량이 부여된다.⁶⁵⁴⁾ Klatt과 Meister는 헌법상 권리 제한 정도에 관해서는 입법자의 주장을 그대로 받아들이는 Alexy의 이론은 입법자도 헌법에 기속된다는 점과 모순된다고 주장한다.⁶⁵⁵⁾

(3) Alexy의 형량 제2법칙으로부터 과잉금지원칙적용강도의 분리

Klatt과 Meister는 Alexy의 형량 제2법칙의 검토 대상인 '전제사실들'은 형량 대상인 각 원리에 각각 관련된 전제사실들이라는 점을 강조한다.⁶⁵⁶⁾ 즉, Klatt과 Meister는 Alexy의 형량 제2법칙이 형량 제1법칙에서 형량 되는 원

651) *Ibid.*, p. 115.

652) *Ibid.*, pp. 117, 118.

653) *Ibid.*, p. 117. Klatt과 Meister는 이를 수식으로 다음과 같이 표현한다(*Ibid.*, p. 118).

$$C_{i1,2} = \frac{C_{i1}}{C_{i2}} = \frac{I_{i1} \times R_{i1}}{I_{i2} \times R_{i2}}$$

이때 C는 헌법상 권리 제한의 가능량을 의미한다. C는 상정 가능한 헌법상 권리 제한의 중대성에 그러한 중대성을 인정할 수 있는 근거들의 신뢰성을 곱한 양이다. 헌법상 권리 제한의 정도가 불확실한 상황에서 헌법상 권리 제한의 정도는 확률적으로 파악할 수밖에 없고, 그것이 바로 헌법상 권리 제한의 가능량인 C가 의미하는 바이다. 즉, C는 헌법상 권리 제한의 정도 I에 신뢰도 R을 곱한 값이다. 위 식에서 C_{i1} 은 상정 가능한 첫 번째 헌법상 권리 제한의 가능량을, I_{i1} 은 상정 가능한 첫 번째 헌법상 권리 제한의 심각성의 정도를, R_{i1} 은 상정 가능한 첫 번째 헌법상 권리 제한의 정도의 신뢰성을 나타낸다. 같은 이치로 C_{i2} , I_{i2} , R_{i2} 는 상정 가능한 두 번째 헌법상 권리 제한 정도의 가능량, 심각성, 신뢰성을 의미한다.

654) 이상은 *Ibid.*, pp. 118, 119에 제시된 설명을 필자가 구체화하여 알기 쉽게 풀어 쓴 것이다.

655) *Ibid.*, p. 119.

656) *Ibid.*, p. 122.

리들 각각에 대해 따로 적용된다는 점을 짚어내고, 분류형량 개념을 사용하여 Alexy의 형량 제2법칙을 다음과 같이 재정식화 한다.

어떠한 원리 'P'에 대한 제한이 심하면 심할수록, 'P'에 대한 제한의 정도 'I'를 심하다고 분류하는 것을 정당화하는 전제사실의 확실성도 커야만 한다.⁶⁵⁷⁾

Klatt과 Meister와 같이 형량 제2법칙을 재정식화하고 나면, 형량 제2법칙은 권력분립원리와 같은 형식적 헌법원리와는 무관한 내용만을 포함하게 된다. 즉, Alexy의 형량 제2법칙은 제한되는 헌법상 권리의 중대성과 이를 정당화하는 대립되는 헌법원리의 확실성을 비교함으로써 형식적 헌법원리에 관한 과잉금지원칙의 적용강도에 관한 내용과 형식적 헌법원리와 무관한 분류형량에 관한 내용을 한 데 합쳤으나, Klatt과 Meister는 이를 분리하여 후자만을 형량 제2법칙으로 재구성한 것이다.

Klatt과 Meister는 ①인식론적 불확실성을 고려한 실체적 헌법원리에 관한 비교형량과 ②입법부와 사법부 사이의 재량과 권한의 한계를 정하는 '형식적 원리들(formal principles)'은 서로 분명히 구별된다고 본다.⁶⁵⁸⁾ Klatt과 Meister는 Alexy나 Rivers보다 그 구별을 한층 더 예리하게 가다듬은 결과, Alexy의 형량 제2법칙은 실체적 헌법원리들의 제한 정도 결정과 그에 관한 인식론적 확실성 사이의 균형을 요구하는 측면에서는 정당하지만, Alexy의 명시적인 주장과 달리 형식적 원리들과 실체적 원리들 사이의 균형을 요구하는 것은 형량 제2법칙의 내용이 될 수 없다고 주장한다.⁶⁵⁹⁾

(4) 비교형량과 사법심사를 구별하는 2차원 모형(the two-level model)

Klatt과 Meister는 두 개의 대립하는 실체적 헌법원리들을 비교형량하는 것은 입법부와 헌법재판소의 권한 범위를 정하는 것과는 무관하다고 보고, 이것을 제1차원[='비교형량 차원(balancing level)']으로 명명한다. 즉, Alexy의 형량 제1법칙과 Klatt과 Meister가 앞서 살펴본 바와 같이 재정식화 한 형량 제2법칙은 제1차원(비교형량 차원)에서 적용되고, 제1차원(비교형량 차원)에서는 권력분립원리와 같은 형식적 헌법원리들은 아무런 역할을 하지 않는다는 주장

657) *Ibid.*, p. 123.

658) *Ibid.*, p. 140.

659) *Ibid.*

이다.⁶⁶⁰⁾ 이어 Klatt과 Meister는 입법부와 헌법재판소의 관계는 기관의 권한에 관한 형식적 헌법원리에 관련된 것일 뿐 실체적 헌법원리와는 무관하므로, 이를 따로 떼어내어 제2차원[='사법심사 차원(review level)']으로 명명한다.⁶⁶¹⁾ Klatt과 Meister는 비교형량 차원과 사법심사 차원을 구별함으로써 양자의 혼동에서 비롯되는 과잉금지원칙 자체에 대한 오해를 피할 수 있고, 과잉금지원칙 자체를 변형시키지 않고서도 사법부의 입법부 통제 이외의 사법작용에까지 과잉금지원칙을 널리 일반화하여 적용할 수 있다고 주장한다.⁶⁶²⁾

라. Brady의 이론

(1) 이론의 기본 구조: Alexy의 구조적, 인식론적 재량 이론

Brady는 과잉금지원칙의 각 하위 원칙마다 불확실성이 발생할 수 있음을 전제로 하여, 각 하위 원칙별 deference 부여의 정도에 관해 상세한 연구를 하였다.⁶⁶³⁾ Brady는 Alexy가 말하는 '재량(discretion)'은 deference와 기능적으로 유사하므로 deference로 대체해서 이해해도 무방하다고 보고,⁶⁶⁴⁾ Alexy의 구조적 재량, 인식론적 재량 이론을 과잉금지원칙의 각 하위 원칙에 적용하여 '구조적(structural)' deference, '인식론적(epistemic)' deference의 관점

660) *Ibid.*, p. 142.

661) Klatt과 Meister는 비교형량을 뒷받침하는 전제사실들의 신뢰성 심사를 '외적 정당화에 대한 사법심사'라 하고, 여기에서는 실체적 헌법원리가 아무런 역할을 하지 않는다고 본다(*Ibid.*, p. 143). Klatt과 Meister는 '사법심사 차원(review level)'은 비교형량의 '내적 정당화(internal justification)'와 '외적 정당화(external justification)'에 모두 관련되어 있는데, 비교형량의 내적 정당화에 대한 사법심사는 비교형량을 제대로 했는지를 심사하는 것으로 본다(*Ibid.*). 따라서 Klatt과 Meister의 주장은 요컨대, 내적 정당화에 대한 사법심사는 그 심사의 내용 자체가 '비교형량'이라는 실체적 헌법원리에 관한 것이고, 외적 정당화에 대한 사법심사는 그 심사의 내용이 실체적 헌법원리 자체가 아니라 헌법원리의 제한 정도에 관한 전제사실의 신뢰성에 관한 것임을 전제로 한다. 이러한 전제 위에, 형식적 헌법원리들만 관여하는 사법심사 차원이 내적 정당화에 대한 사법심사와 외적 정당화에 대한 사법심사 모두에 관련되므로, 결국 외적 정당화에 관한 사법심사는 어느 모로 보나 형식적 헌법원리들만 관계된다는 결론에 이른다.

662) *Ibid.*, pp. 144, 146.

663) Brady의 이론은 입법작용은 물론이고 행정작용에 대해서도 과잉금지원칙을 적용하는 과정에서 그 적용강도를 어떻게 조절해야 하는지를 폭넓게 다룬다. 특히 그의 이론은 과잉금지원칙의 적용 대상이 입법작용인지, 행정작용인지에 따라 그 고유의 특수성을 어떻게 반영할 것인지에 대해서 다루는 점에 큰 의의가 있다. 다만, 이 논문은 법률에 대한 위헌 여부 심사에 과잉금지원칙을 적용하는 경우에 한정된 연구이므로, Brady의 이론 중 입법작용에 대한 과잉금지원칙 적용에 한정하여 살펴본다.

664) Brady는 discretion이라는 표현은 영국행정법에서 다른 용례로 쓰여 왔기 때문에 deference라는 표현이 더 적절하다는 논거도 제시한다(Alan Brady 2012, *op. cit.*, p. 62 fn. 71).

에서 설명한다.

(2) 구조적 deference

Brady는 '구조적 deference'를 목적의 정당성 원칙, 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙에서 생길 수 있다고 보는데, 그에 따르면 '구조적 deference'는 입법부와 같은 1차 판단권자의 선택지와 그 외의 대안적 선택지 사이의 비교에 관한 것이기 때문에 주로 피해의 최소성 원칙에서 발생한다.⁶⁶⁵⁾ Brady는 피해의 최소성 원칙에서 입법목적을 동일하게 달성하면서 인권 제한 정도도 같은 여러 개의 방안이 있을 때 입법자에게 부여되는 재량을 '구조적 deference'의 대표적인 예로 설명한다.⁶⁶⁶⁾ 또한 Brady에 따르면, 복수의 정당한 목적 중에 어느 하나를 입법자가 선택한 경우, 그 선택에 대해 목적의 정당성 원칙에서 '구조적 deference'가 부여된다.⁶⁶⁷⁾ Brady는 법익의 균형성 원칙의 경우, Alexy가 말하는 '판단불가상황(stalemates)'에 '구조적 deference'가 부여된다고 주장한다. 즉, 공익과 인권이 정확히 균형을 이룬 경우에 입법자는 둘 중 어느 것을 우선할 것인지 선택할 수 있는데, Brady는 이를 법익의 균형성 원칙에서의 '구조적 deference'로 본다.⁶⁶⁸⁾

(3) 인식론적 deference

Brady는 '구조적 deference'의 경우, 인권 제한 정도와 공익 달성 정도를 정확하게 측정할 수 있음을 전제로 하나 측정에 관해 불확실성이 있기 때문에 정확한 측정이 항상 가능한 것은 아니라고 보고, 측정에 관한 불확실성 때문에 법관이 겪는 어려움은 '인식론적 deference'에 의해 해소될 수 있다고 주장한다.⁶⁶⁹⁾ 즉, Brady의 견해는 예컨대, 어떠한 법률조항이 의도한 입법목적은 얼마나 달성하는지에 대한 완벽한 증거를 요구할 수는 없으므로 사법부가 '인식론적 deference'의 정도를 정해 그러한 불확실성을 해결하여야 한다는 것이

665) *Ibid.*, pp. 63-64. 수단의 적합성 원칙은 심판대상조항이라는 단일한 대상에 관한 목적-수단 관계를 검증하는 것이므로 '구조적 deference'와 무관하다. 서로 다른 두 가지 이상을 비교할 때 비로소 비교불가의 상황이 발생할 수 있고, 그 상황을 해결하는 것이 '구조적 deference'이기 때문이다.

666) *Ibid.*, p. 64.

667) *Ibid.*, p. 65. 다만, Brady는 청구인이 당해 사안에서 국가가 다른 입법목적을 추구했어야 한다는 주장을 하는 경우는 거의 없으므로, 목적의 정당성 원칙에서 '구조적 deference'를 논하는 것은 이론적인 가능성에 불과하다고 본다(*Ibid.*).

668) *Ibid.*, p. 66.

669) *Ibid.*, pp. 66-67.

다.⁶⁷⁰⁾

(가) 경험-인식론적 deference

Brady는 목적의 정당성 원칙에서는 추구하는 목적이 인권을 제한할 필요가 있을 정도로 중요한지에 관해 불확실성이 발생할 수 있고, 수단의 적합성 원칙에서는 어떠한 조치가 의도한 목적을 달성했는지 여부가 불확실할 수 있으므로, 이 때 ‘경험-인식론적 deference’가 발생할 수 있다고 본다.⁶⁷¹⁾ Brady에 따르면, 피해의 최소성 원칙에서는 심판대상조항과 입법대안의 입법목적 달성의 정도와 인권 제한의 정도를 측정할 때 불확실성이 개입할 여지가 있고, 그러한 경우 1차 판단권자에게 ‘경험-인식론적 deference’가 부여된다.⁶⁷²⁾ 나아가 Brady는 법익의 균형성 원칙의 경우, 심판대상조항이 인권에 미치는 영향의 정도와 심판대상조항에 의한 입법목적의 실현 정도 사이의 균형이 있는지를 판단함에 있어 불확실성이 발생할 수 있고, 이 때 ‘경험-인식론적 deference’가 부여된다고 본다.⁶⁷³⁾

(나) 규범-인식론적 deference

Brady는 ‘규범-인식론적 deference’를 가치의 우선순위를 정하는 상황에서 필요한 것으로 보아, 규범적 평가를 내용으로 하는 목적의 정당성 원칙과 법익의 균형성 원칙에서 사법부가 의회나 행정부가 정한 우선순위를 존중하고자 할 때 ‘규범-인식론적 deference’를 부여할 수 있다고 본다. 반면, 수단의 적합성 원칙과 피해의 최소성 원칙 부분에서는 ‘규범-인식론적 deference’가 발생하지 않는다고 본다.⁶⁷⁴⁾ 구체적으로 Brady는 목적의 정당성 원칙에서의 ‘규범-인식론적 deference’는 ‘어떠한 목적을 추구할 것인가’라는 의회의 규범적 선택이나, ‘선택한 목적에 얼마만큼의 중요성을(weight) 부여할 것인가’라는 의회의 규범적 선택을 사법부가 얼마나 존중할 것인지를 정하는 개념으로 파악한다.⁶⁷⁵⁾ 또한 Brady는 법익의 균형성 원칙에서의 ‘규범-인식론적 deference’

670) *Ibid.*, p. 67.

671) *Ibid.*, p. 70.

672) *Ibid.*, pp. 70-71.

673) *Ibid.*, p. 71.

674) *Ibid.*, pp. 71-72. Grimm의 견해, 즉 ‘헌법은 과잉금지심사의 제1단계(목적의 정당성 원칙)에서 등장했다가 제2단계(수단의 적합성 원칙), 제3단계(피해의 최소성 원칙)에서 사라졌다가 제4단계(법익의 균형성 원칙) 부분에서 다시 등장한다’는 것과 같은 맥락이다[헌법재판소 비교헌법연구회, 비교헌법연구회 세미나 발표자료집(2018. 6. 19.), 제22, 23쪽].

675) *Ibid.*, p. 72.

는 대립하는 원리들이 모두 적절하게 균형을 이루어 어느 원리에 우선순위를 두어야 할지 규범적 판단이 곤란한 경우에 사법부가 의회의 판단을 얼마나 존중할지를 정하는 개념으로 본다.

(4) deference의 정도의 결정

Brady는 불확실성이 있기 때문에 이를 해결하기 위해 deference가 필요한 것이므로, 불확실성 해결에 관해 사법부가 입법부의 1차 판단을 존중해야 하는 구체적인 이유가 있는 때에 deference는 정당화 되고, 구체적으로 '구조적 deference'와 '규범-인식론적 deference'는 주로 민주적 정당성에 근거를 두고, '경험-인식론적 deference'는 기관의 능력에 주로 근거를 둔다고 본다. 그 이유로 Brady는 '구조적 deference'는 정당한 목적들 사이의 선택 및 똑같이 인권 제한적인 수단들 사이의 선택에서 발생하고, '규범-인식론적 deference'는 대립하는 원리들 사이에 균형이 이루어졌는지가 불확실할 때 발생하는데 양자 모두 규범적인 성격이 있는 점, 규범적인 불확실성이 있는 경우 이에 대해 민주적 정당성을 가지고 결단을 내릴 수 있는 기관의 의사를 존중할 필요가 있는 점을 든다.⁶⁷⁶⁾ Brady는 사안에 관계없이 민주적 정당성이 '구조적 deference'나 '규범-인식론적 deference'의 근거가 되는 것은 아니라, 사회적 논란의 대상인 사안이거나 민주적 결정에 근거를 둘 경우에 더 잘 받아들여질 수 있는 사안일 경우에 '구조적 deference'나 '규범-인식론적 deference'의 부여가 정당성을 얻을 수 있음을 강조한다.⁶⁷⁷⁾

한편, Brady는 어떠한 공익상의 요청이 얼마나 큰지, 특정 조치를 취할 경우 그러한 요청에 얼마나 부응할 수 있는지는 정확히 측정할 수 없으므로 이에 대해서는 입법부에 '경험-인식론적 deference'를 부여하는 것이 적절하다고 본다.⁶⁷⁸⁾ 다만 Brady는 입법부가 특정 사안에 대해 판단할 권한을 가진다거나, 특정 정보에 접근할 권한이 있다고 해서 곧바로 '경험-인식론적 deference'를 부여하여야 하는 것은 아니라고 강조한다.⁶⁷⁹⁾ 또한 Brady는 사법부가 전문성이 있는 분야에 대해서는 '경험-인식론적 deference'를 부여할 근거가 줄어드는 것으로 본다.⁶⁸⁰⁾ 요컨대, Brady의 견해는 '경험-인식론적

676) *Ibid.*, pp. 107-108.

677) *Ibid.*, pp. 110-111.

678) *Ibid.*, p. 113.

679) *Ibid.*, pp. 114-115.

deference'의 근거인 기관의 전문성은 고정적인 것이 아니라 사법부의 전문성과 비교해서 사안에 따라 결정하여야 하는 상대적인 요소라는 것이다.⁶⁸¹⁾

마. Kavanagh의 이론

(1) deference의 개념과 과잉금지원칙 적용에 있어서의 deference

Kavanagh는 법률 분야뿐 아니라 여러 분야에서 공통적으로 사용될 수 있는 deference 라는 용어는 '다른 사람의 판단에 얼마나 우선권을 부여할 것인지'를 의미한다고 보고, 이를 다시 일정한 정도로 다른 이의 판단을 존중하는 '일부 존중(partial deference)'과 다른 이의 판단을 항상 우선시하는 '절대 존중(complete deference)'으로 구별한 다음, 법률에 대한 위헌 여부 심사에서의 deference는 일부 존중이므로 일도양단이 아니라 스펙트럼과 같이 단계적으로 정할 수 있는 것으로 본다.⁶⁸²⁾ 이를 전제로 Kavanagh는 일부 존중을 그 정도에 따라 '최소 deference(minimal deference)'와 '실질 deference(substantial deference)'로 구별하고, 사법부는 원칙적으로 입법부의 판단에 대해 '최소 deference'를 부여해야 한다고 본다.⁶⁸³⁾

Kavanagh에 따르면, '실질 deference'는 입법부에게 '더 나은 기관 능력(more institutional competence)',⁶⁸⁴⁾ '더 나은 전문성(more expertise)',⁶⁸⁵⁾

680) *Ibid.*, p. 116-117.

681) *Ibid.*, p. 207. Brady는 여기에서 한 걸음 더 나아가 의회가 스스로 정보 수집을 할 수 있는 능력은 제한되어 있으므로, 의회에 부여할 수 있는 '경험-인식론적 deference'는 당해 법률안을 제출한 행정부의 전문성에 좌우된다고 보고, 이는 의회에 부여되는 '구조적 deference'와 '규범-인식론적 deference'의 경우 의회 자체의 높은 민주적 정당성에 근거하여 쉽게 정당화 될 수 있는 것과 대조를 이루는 것으로 파악한다(*Ibid.*, p. 115).

682) Aileen Kavanagh 2008, *op. cit.*, pp. 186, 187.

683) Kavanagh는 '최소 deference'란 심판대상조항에 오류나 문제가 있다고 보는 것이 아니라 심판대상조항이 사회문제를 해결하기 위한 선의에서 제정되었다고 가정하고 사법심사를 행하고, 설령 위헌의 결론에 이르더라도 심판대상조항에 대한 존중을 표시하는 것을 의미한다고 보고, 이를 통해 사법부는 단지 심판대상조항에 동의할 수 없다거나 자신이 입법권이 있었다면 다른 식으로 법률을 제정하였을 것이라는 이유만으로는 심판대상조항을 위헌으로 선언할 수 없게 된다고 주장한다(*Ibid.*, pp. 191, 192).

684) Kavanagh는 구체적으로, 판사들은 기존의 법 논리를 적용함에 있어서 발생하는 문제를 해결하는 훈련이 되어 있을 뿐, 법 전반을 급진적으로 개혁하는 능력은 없으므로, 책임감 있는 판사는 다양한 법분야 전반에 걸친 급진적인 개혁에 영향을 주는 사건에서는 때로는 입법자의 법제정 능력에 대해 실질적인 존중을 부여할 것이라고 분석한다(*Ibid.*, p. 193). 다만, Kavanagh는 그러한 사안에서 무조건 사법부가 입법부를 존중해야 된다는 의미가 아니라, 사법부가 그러한 사안을 적극적으로 해결함으로써 부분적 개혁을 달성할 경우의 위험을 정의 실현이라는 사법부의 의무와 비교형량한 결과에 따라 deference 부여의 정도를 결정해야 한다고 주장한다(*Ibid.*,

‘특정 주제를 다룰 정당성(more legitimacy to assess the particular issue)’⁶⁸⁶⁾ 인정될 때 예외적으로 부여되어야 한다.⁶⁸⁷⁾ Kavanagh는 결정이 미칠 사회적 파장, 결정에 따른 사법부의 권한 축소 위험성 등 전략적인 이유에서 ‘실질 deference’가 인정되기도 하지만, 이러한 경우에도 deference 부여는 특정의 구체적 상황에서 기관의 적절한 역할이 무엇인지에 관한 사법부의 가치 판단의 결과라고 주장한다.⁶⁸⁸⁾

나아가 Kavanagh는 법률의 위헌 여부 심사에 있어 deference의 논의는 과잉금지원칙에도 적용되는데, 과잉금지원칙을 이루는 하위 원칙들은 ‘심사의 틀(method of reviewing)’을 제공하고, deference는 그러한 틀이 적용되는 ‘강도(intensity)’를 가리킨다고 본다. 이러한 분석틀에 따라 Kavanagh는 과잉금지원칙을 명백한 부적절성을 통제하는 최소한의 통제에서 출발하여 강력한 통제에 이르기까지 다양한 방식으로 적용할 수 있는 것으로 본다.⁶⁸⁹⁾

(2) deference의 결정 방법

Kavanagh는 우선, deference가 ‘전부 아니면 전무(all or nothing)’의 둘 중 하나로 정해지는 것이 아니라 개별 사건의 각종 요소들에 의해 다양하게 달라진다는 점을 강조하고, 이러한 취지에서 정의를 실현하겠다는 선서를 한 재판관들이 입법부에 대해 ‘관행적으로(in a routine manner)’ deference를 부여하는 것은 그들의 의무를 방기하는 것이라고 주장한다.⁶⁹⁰⁾ 나아가 Kavanagh는 어떠한 이유로 deference를 부여하든, deference 부여와 법률에 대한 합헌

p. 194).

685) 이에 관해 Kavanagh는 구체적 구별기준은 ‘정책의 문제인지 아닌지’가 아니라 ‘사법부의 특징(features), 능력(competence), 정당성(legitimacy) 비추어 사법부가 판단하기에 적절한 종류의 정책결정인지 아니면 사법부의 능력을 벗어나는 종류의 정책결정인지’가 되어야 한다고 주장한다. 즉 Kavanagh는 정책에 관한 사안이라고 해서 무조건 실질적 deference를 부여할 것이 아니라, 개별 구체적 사안의 모든 요소를 고려하여 사법부의 상대적인 능력, 전문성, 정당성을 판단하고 이에 비추어 deference의 정도를 정해야 한다는 입장이다(*Ibid.*, p. 197).

686) Kavanagh는 민주적 정당성이 ‘실질 deference’의 근거가 되려면 각각의 구체적 사안에서 그럴 만한 추가적인 이유가 있어야 한다고 보고, 이에 관해 당해 사안이 사법부보다는 입법부에서 논의되는 것이 입법절차나 입법부의 여론 수집 및 토론 능력에 비추어 적당하다든가, 특정국가의 법적 혹은 정치적 문화상 입법부에 의한 변화가 사회적으로 더 잘 받아들여진다는 등의 사정을 예로 든다(*Ibid.*, pp. 200, 201).

687) *Ibid.*, pp. 191, 192.

688) *Ibid.*, pp. 203-207.

689) Aileen Kavanagh 2009, *op. cit.*, pp 237, 238.

690) Aileen Kavanagh 2008, *op. cit.*, pp. 201, 202.

선언은 동의어가 아니므로, 결론이 위헌인지, 합헌인지는 deference와 필연적인 상관관계가 없다고 강조한다.⁶⁹¹⁾ 즉, Kavanagh에 따르면 사법부가 당해 사안에 적절한 deference를 부여하는지가 중요하지, deference 자체가 좋거나 나쁜 것은 아니다. 그에 따르면 적절하게 부여된 deference는 사법부가 책임을 다하지 않는 징표라기보다는 사법부가 책임을 다하는 여러 수단 중 하나이다.⁶⁹²⁾

Kavanagh는 deference의 부여 정도는 개별 구체적인 사건마다 사법부의 전문성(expertise), 능력(competence), 정당성(legitimacy), 제한되는 권리의 중요성, 권리 제한의 심각성, 입법목적의 중요성, 인권 침해를 해소하기 위해 필요한 법적 개혁의 범위와 종류 등 매우 다양한 요소를 고려하여야 할 뿐만 아니라 그 요소들 중 어느 것에 더 무게를 둘 것인지에 따라 다르므로, 이를 명확한 기준에 따라 분류하여 정확히 예측하는 것은 불가능하다고 본다.⁶⁹³⁾

바. 과잉금지원칙적용강도 조절의 이론적 근거: 권력분립원리

(1) 권력분립원리에 대한 검토 필요성

앞서 살펴본 바와 같이 deference는 위헌심사척도의 선택과 과잉금지원칙적용강도 조절의 두 가지 국면에서 작동한다. deference의 적용국면 중 둘째는, *Oakes* 심사에서 검토되는 ‘헌장상 권리 제한의 정도’나 ‘입법목적 달성의 정도’, ‘양자가 균형을 이루었는지 여부’와 같은 요소들에 대한 판단은 불확실성을 피할 수 없고, 이러한 불확실성을 해결하기 위해 deference가 필요하다는 것이다. 그런데 법률에 대해 과잉금지원칙을 적용하는 경우에 발생하는 불확실성을 해결하기 위해 합헌 또는 위헌 판단의 경향성을 정하는 것은 곧 권력분립원리의 문제로 연결된다는 특징이 있다. 이에 관해 Choudhry는 다음과 같이 말한다.

과잉금지원칙의 각 단계별로 이를 뒷받침할 증거를 요구하는 것과 불확실성 속에서 이루어지는 정책 수립의 현실 사이의 모순이 사법부가 안고 있는 거대한 딜레마이다. 결국 과잉금지원칙의 핵심은 불확실한 정보를 가지고

691) *Ibid.*, p. 213.

692) *Ibid.*, p. 215.

693) *Ibid.*, p. 198; Aileen Kavanagh 2009, *op. cit.*, pp 237, 238.

불확실성 속에서 이루어지는 입법에 따르는 위험을 어떻게 분배할 것인지를 다.694)

Choudhry가 말하는 위험의 분배는 과잉금지원칙의 적용 국면에서 불확실성에 따른 위험부담자를 입법부 혹은 사법부로 정하는 것을 의미한다. 사법부가 입법부의 판단 재량을 전혀 존중하지 않는 방식으로 불확실성을 해결한다면, 사법부가 불확실성을 모두 떠안고 입법부의 역할을 대신하는 결과가 초래된다.695) 이는 권력분립의 원리에 위배될 위험이 있다.

이와 같이 법률의 위헌 여부 심사에 있어 과잉금지원칙적용강도가 입법재량 존중의 정도에 좌우되므로, 과잉금지원칙의 적용강도 조절의 정당성은 권력분립원리의 측면에서 검토할 필요가 있다. 과잉금지원칙적용강도를 강화하는 것은 권력분립원리의 견제와 균형이라는 측면에서 쉽게 정당화된다. 그러나 그 적용강도를 완화하는 것은 견제와 균형만으로 설명하기는 어려운 측면이 있다. 예컨대, Davidov는 사법부의 민주적 정당성 부족을 deference의 부여의 근거로 볼 수 없다는 주장의 근거를 아래와 같이 제시한다.

입헌민주주의(constitutional democracy)는 견제와 균형이라는 체계 위에, 권력분립원리 위에 세워져 있다. 입법부와 집행부와 꼭 같이, 사법부도 이 체계 안에서 권한과 의무를 부여 받았으므로 그에 따른 권한을 행사해야만 한다. 어떠한 법률이나 국가작용이 사법심사로부터 어떠한 형태의 면제를 받는 상황은 그것이 무엇이든 간에 헌법 원리(constitutional principles)에 완전히 어긋난다.696)

위와 같이 권력분립원리를 견제와 균형과 동의어로 볼 경우 과잉금지원칙적

694) Sujit Choudhry 2006, *op. cit.*, pp. 503, 504.

695) 이러한 우려가 독일공법학에서 과잉금지원칙을 경찰행정법의 영역을 넘어 헌법상 일반원리로 격상시키는 데에 대한 반대의견의 주된 근거였다[이에 관해서는 황치연, 위의 책(1995), 제37, 38쪽 참조]. 다만, 독일에서 과잉금지원칙을 법률의 위헌 여부 심사의 척도로 사용하는 것에 대한 반대 견해는 힘을 잃어 1970년대 후반에는 이를 인정하는 견해가 지배적이 되었다(Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 97, 98). 같은 관점에서 과잉금지원칙에 대해 입법권의 지나친 제약이라는 점에서 우려를 표시하는 입장들에 대한 소개로, Matthias Klatt, Moritz Meister 2012, *op. cit.*, pp. 75, 76 참조.

“사법부가 의회의 기본권 제한권을 전혀 존중하지 않는다면 위헌심사기준을 적용하는 과정에서 의회의 정책적 판단을 전적으로 자신의 그것으로 대체하려 할 것이고, 이는 민주적 정당성의 관점에서 긍정적으로 평가하기 어려울 것이다.”라는 전제하에 과잉금지원칙적용강도를 검토하는 견해로, 강승식, 위의 논문(2011), 제68-78쪽 참조.

696) Guy Davidov 2001, *op. cit.*, p. 145.

용강도의 완화는 정당화하기 어려워진다. 이는 권력분립원리가 견제와 균형과는 반대로 작동하여야 자연스럽게 설명할 수 있다. 이것이 가능한지 여부를 이하에서 검토한다.

(2) 권력분립원리에 따른 국가기관간의 분업과 협동

(가) 권력분립원리의 두 가지 발현 양상

권력분립의 원리가 통상 '견제와 균형'과 같은 말로 표현되는 이유는 권력남용에 따른 피비린내 나는 역사적 경험 때문인 것으로 보인다. 그러나 권력의 분립 자체는 '견제와 균형'과 필연적인 연관성이 없는 중립적인 개념으로 볼 수 있다. '분할'이란 견제와 균형의 전제조건이기도 하지만, 동시에 분업과 협동의 전제조건이기도 하기 때문이다. 즉, 권력의 분립은 권력을 나누는 중립적 행위이므로, 나누어 놓은 권력들을 서로 견제와 균형 관계에 둘지 분업과 협동 관계에 둘지는 제도 설계자가 선택할 수 있다. 이러한 관점에서 Le Sueur, Sunkin, Murkens는 권력분립원리가 이론가는 물론이고 실무적 감각이 있는 사람들의 주목을 받은 이유를 '(a) 헌법제도를 설계하는 교본이 될 수 있다. (b) 개인의 자유를 보호할 수 있다. (c) 국가의 효율성을 증진할 수 있다.'의 세 가지로 정리한다(강조는 필자).⁶⁹⁷⁾

권력분립원리의 발현 양상 중 '견제와 균형'에 관해서는 이미 많은 연구가 이루어졌다. 이는 요컨대, '국가는 국민의 자유와 권리를 보호하기 위해 존재한다. 국가가 국민의 자유와 권리를 침해하지 못하도록 권력기관들을 서로 견제하게 하여 상호간 균형 상태를 만들어야 한다.'라는 것이다. 이러한 논변은 '인간은 누구의 간섭도 받지 않고 자유를 누릴 때 가장 잘 살아갈 수 있다.'라는 근대적 인간관을 전제로 한다.

그러나 다른 한 편 인간은 협동함으로써 개인적 능력의 한계를 극복할 수도 있다. 인간은 누구나 불완전한 면이 있고, 그 불완전함을 협동을 통해 극복할 수 있기 때문이다.⁶⁹⁸⁾ 고래로 인간은 협동을 통해 혼자서 해낼 수 없는 거대한 규모의 성취를 거두었다. 고대 이집트의 피라미드에서부터 UN에 이르기까지 인류 문명은 거대한 협력의 결과물이다. 이와 같은 맥락에서 보면, 국가는

697) Andrew Le Sueur, Maurice Sunkin, Jo Eric Khushal Murkens, *Public Law -Text, Cases, and Materials-*, Oxford University Press(2013), p. 132.

698) Alfred Adler, *Understanding Human Nature*, Permabooks(1949), pp. 27-28.

거대한 협력 장치이기도 하다. 특히 국가는 강제력을 가지고 있으므로, 협력을 통해 그 효율성을 증대시키는 것은 매우 중요하다.⁶⁹⁹⁾

분업과 협동을 통해 효율을 높일 수 있다는 경제학 원리의 타당성은⁷⁰⁰⁾ 국가의 효율적 작동을 위한 국가기관 간의 분업과 협동에도 적용될 수 있다.⁷⁰¹⁾ 이는 새롭고 기이한 접근방법이 아니다. 왜냐하면, 인간이 국가를 만드는 이유는 자신의 자유와 권리를 침해받지 않기 위한 소극적인 목적뿐 아니라, 국가라는 거대한 조직을 통해 자신이 원하는 목표와 행복을 더 잘 실현하려고 하는 적극적인 목적도 있기 때문이다.⁷⁰²⁾

예컨대, 사법권 독립은 왕의 업무상 과부하를 해소하기 위한 측면도 있었다. 권력분립의 시작은 왕으로 대표되는 국가의 효율적 작동을 위한 것이기도 하였다.⁷⁰³⁾ Adam Smith는 사법권의 독립 역사에 관해 아래와 같이 서술한다.

행정권에서 사법권이 독립된 것은 원래 사회 발전이 증대함에 따라 발생하는 사건들이 너무나 많아진 데에서 기인한 것으로 보인다. 사법 업무가 너무 많아지고 복잡해지는 바람에 재판을 하려면 다른 일은 할 수 없게 되어 버렸다. 행정권을 가진 사람은 사인들 사이의 소송을 직접 다룰 여유가 없어졌기 때문에 자신을 대신할 사람을 임명하였다.⁷⁰⁴⁾

요컨대, 국가권력의 분할을 통해 인권 보장이라는 소극적인 국가기능을 달성하는 것과 별개로, 더 효율적인 행복실현이라는 적극적인 국가기능을 달성할 수 있다. 권력 분할을 통한 국가의 효율성 증진을 강조하는 견해는 왕권신수설을 통해 절대왕정을 옹호한 이론가로 유명한 Jean Bodin은 물론이고, 권력분

699) 국가의 효율적 운영과 단결을 강조하는 것은 견제와 균형을 특징으로 하는 미국헌법을 설계한 페더럴리스트들에게 있어서도 예외가 아니었다. 이에 관해서는, 알렉산더 해밀턴, 제임스 매디슨, 존 제이/김동영 옮김, 페더럴리스트 페이퍼, 한울아카데미(1995), 제18, 19, 23, 24, 30, 296, 378, 442, 443쪽 참조.

700) Adam Smith의 국부론은 핀공장의 분업을 통한 효율증대를 예로 들면서 시작한다[Adam Smith, *The Wealth of Nations*, Penguin Books(1999), pp. 109, 110].

701) 같은 취지에서 권력간 협동의 중요성을 강조하는 견해로, 계획열, “헌법원리로서의 권력분립의 원리”, 고려법학 38호(2002. 4.), 제26-27쪽; 윤명선, “권력분립원리에 관한 재조명”, 미국헌법연구 제18권 제1호(2007. 2.), 2, 5, 6, 10, 14, 15쪽; 이부하, “권력분립에서 기능법설에 대한 평가”, 헌법학연구 제12권 제1호(2006), 제440-441쪽.

702) Stephen Holmes, *Passions and Constraint - On the Theory of Liberal Democracy* -, The University of Chicago Press(1995a), p. 101. Stephen Holmes는 이와 같은 입장을 ‘적극적 입헌주의(positive constitutionalism)’라고 부른다(*Ibid.*, p. 102).

703) Stephen Holmes 1995a *op. cit.*, p. 165.

704) Adam Smith 1999, *op. cit.*, p. 309.

립원리의 창시자인 Montesquieu를 거쳐, 현대에 이르러 ‘적극적 입헌주의’로 이어지고 있다.⁷⁰⁵⁾

(나) Jean Bodin의 견해: 사법권 독립을 통한 왕권의 효율성 증진

Jean Bodin은 16세기에 왕권신수설을 통해 절대왕정을 옹호하였다. 하지만 그는 무제한적 왕권을 주장하지 않았다. Bodin에 따르면, 왕은 왕권의 핵심적 부분을 보유하고 있다는 전제하에, 자신의 나머지 권력을 제한함으로써 권력을 더욱 강화할 수 있다.⁷⁰⁶⁾ Bodin의 주장은, 무제한적 권력은 비효율적이므로 국가의 효율성을 높이기 위해 권력을 전략적으로 제한할 필요가 있다는 것이다.⁷⁰⁷⁾ Bodin은 다음과 같이 말한다.

왕이 그의 권위에 걸맞은 권한을 가지고 있고, 상원은 자신의 권위를 유지하며, 법관들이 그들의 정당한 권한을 행사한다면, 국가는 번영할 수밖에 없다. 왕이 원로원과 법관들이 담당하여야 하는 영역까지 자신의 것으로 만 들면, 그로 인해 오히려 왕권이 약화된다.⁷⁰⁸⁾

Bodin 사상의 핵심은 왕은 자신의 권력을 나누어 줌으로써 신민들의 협력을 획득하고 이를 통해 효율성을 높여 권력을 키울 수 있다는 것이다.⁷⁰⁹⁾ 이와 같은 Bodin의 논리는 사법권 독립을 보는 시각에서 두드러진다. Bodin은 사법

705) Jean Bodin과 Stephen Holmes에 관한 연구 내용은 2016년 7월경 토론토 대학(University of Toronto)의 Ran Hirschl 교수에게 필자의 법률 진화 이론에 관한 아이디어를 설명하고 이에 관해 토론하는 과정에서 Bodin과 Holmes와 같이 국가작용의 효율성 측면에서 접근할 것을 조언 받고 연구한 것임을 밝혀 둔다. 사회, 경제 진화의 일반이론으로는 Geoffrey Hodgson, Thorbjørn Knudsen, *Darwin's Conjecture: The Search for General Principles of Social and Economic Evolution*, Chicago University Press(2012) 참조.

706) Jean Bodin/abridged and translated by M. J. Tooley *Les six livres de la république, translated as Six Books of the Commonwealth*, Seven Treasures Publications(2009), p. 175. Bodin은 왕권에는 신성법, 자연법(*Ibid.*, pp. 68, 69, 73), 왕국의 헌법규범(*Ibid.*, p. 71), 동의 없는 과세 금지(*Ibid.*, p. 72) 등의 제한이 따른다고 주장한다.

707) Stephen Holmes 1995a, *op. cit.*, pp. 101, 102, 109. 요컨대, 왕권을 더 성공적으로 행사하기 위해 왕권의 제한이 필요하다는 것이다(*Ibid.*, p. 110). 이를 ‘이보 전진을 위한 일보 후퇴’라고도 표현할 수 있는데, 이러한 Bodin의 접근법은 ‘나라를 통치하는 것은 업무를 분담하는 것을 통해 쉬워진다’, ‘관할권이 좁아지면 그 관할권 내에서의 권위가 올라간다’, ‘특정 이슈를 공적 논의의 대상에서 제외하면 공적 논의를 장악하기가 쉬워진다’는 등의 Bodin의 주장에서 공통적으로 드러난다(*Ibid.*, p. 113).

708) Jean Bodin/abridged and translated by M. J. Tooley 2009, *op. cit.*, p. 175.

709) 즉, 왕이 자신 앞에 놓인 여러 사안들을 얼마나 자기 뜻대로 잘 해결할 수 있는지가 권력의 크기를 결정하는데, 왕 앞에 놓인 사안의 해결이 어려울수록 다른 사람들의 도움이 더 필요하므로, 도움을 잘 얻을 수 있는 환경을 만들어 두는 것이 곧 권력 강화로 이어진다는 것이다 (Stephen Holmes 1995a, *op. cit.*, p. 119).

권을 독립시켜 과태료를 부과하고 형사처벌을 하는 것과 같이 신민들을 기분 나쁘게 하는 일을 판사에게 맡기고 나면, 왕은 훈장을 주고 포상을 주고 사면을 하고 특권을 부여하는 것과 같이 신민들을 기분 좋게 하는 일만 스스로 함으로써 신민들의 사랑을 받을 수 있고, 이는 왕의 권위 유지와 강화로 이어지므로, 사법권 독립이 필요하다고 본다.⁷¹⁰⁾ 권력자는 단순한 복종이 아니라 자발적 협력이 있어야 자기가 원하는 일을 마음껏 할 수 있다는 것이 Bodin의 견해이고, 이와 같은 견지에서 보면 사법권을 독립시킴으로써 왕은 사람들로부터 사랑받을 일만 하면 되기 때문에 그들로부터 자발적 협력을 끌어내기 쉬워진다. 이러한 이유에서 사법권 독립은 왕의 권한을 제한하는 것이 아니라 강화하기 위해 필요한 것이다.⁷¹¹⁾

국가의 효율적 작동을 중시하는 위와 같은 Bodin의 주장은 그 후에도 스피노자, Montesquieu, 흄, 토머스 제퍼슨 등의 정치사상에도 영향을 주었다.⁷¹²⁾

(다) Montesquieu의 견해

1) 국가기관의 기능 전문화를 전제로 한 분업을 통한 효율성 증대

Montesquieu는 19세기에 권력 사이의 견제를 통한 자의적 통치 방지를 주장함으로써 근대적 의미의 삼권분립이론을 창시한 사람으로 알려져 있다. Montesquieu가 시민의 자유를 보장하기 위해 권력이 집중되어서는 안 된다는 주장을 펼 것은 사실이나, 그가 국가기관 사이의 견제와 균형만을 강조한 것은 아니다. 그는 정치체제의 작동 실패를 방지하기 위해 권력에 대한 견제에 한계를 두어야 한다고 주장하였다. Montesquieu는 다음과 같이 지적한다.

그러나 집행권이 입법권을 견제할 수단을 가져야 하는 것과 반대로 입법권은 집행권을 견제하는 권한을 가져서는 안 된다. 왜냐하면, 집행은 그 본질상 한계를 가지고 있기 때문에 그것을 추가로 제한하는 것은 불필요하기 때문이다. 게다가 집행권은 언제나 즉시성이 필요한 사안에 대해 행사되기 때문에 제한해서는 안 된다. 이런 이유 때문에 입법권 및 집행권 모두를 견제할 권한을 가졌던 로마의 호민관 제도가 심각한 폐해를 낳은 것이다.⁷¹³⁾

710) Jean Bodin/abridged and translated by M. J. Tooley 2009, *op. cit.*, p. 174.

711) Stephen Holmes 1995a, *op. cit.*, p. 118.

712) *Ibid.*, pp. 131-133. 특히 John Stuart Mill의 positive constitutionalism에 관해서는 *Ibid.*, Chapter 6 참조.

713) *Ibid.*, p. 162.

한걸음 더 나아가 그는, 분업을 통한 효율성 증대 사고에 기반하여 특정 국가기관이 그 특성에 맞는 권한을 전담해야 한다고 주장한다.

집행권은 군주의 권한이 되어야만 한다. 왜냐하면 집행이라는 국가의 기능은 거의 항상 즉각적인 행동을 요하는데, 이것은 다수 보다는 한 사람에 의해 더 잘 수행될 수 있다. 반면에 입법권은 한 사람보다는 많은 사람들에게 의해 수행될 수 있다.⁷¹⁴⁾

일단 군대가 조직되면, 군대는 반드시 집행권에 직속되어야 하고, 입법권에 속해서는 안 된다. 이것이 사물의 본질에 합당한 것이다. 왜냐하면, 군대는 숙고하는 것보다는 행동하는 것에 더욱 주안점이 맞추어진 기관이기 때문이다.⁷¹⁵⁾

2) 사법권 독립을 통한 군주 및 사법부의 효율성 증진

Montesquieu는 군주가 스스로의 기능을 더 잘 수행하기 위해서 사법권의 독립이 필요하다는 취지에서 아래와 같이 주장하였다.

법은 군주의 눈이다. 군주는 그 눈을 통해 법이 없었다면 보지 못했을 수 있었던 것을 본다. 군주가 재판도 하고 싶은가? 그렇게 한다면 그는 자신을 위해서가 아니라 그를 속일 사람들을 위해 일하는 것이 된다.⁷¹⁶⁾

즉, 군주는 사법권을 재판기관에 넘김으로써 제대로 된 눈을 얻게 되고, 이를 통해 군주 자신의 역할을 더 잘 수행할 수 있으나, 스스로 재판을 하게 되면 그 눈을 잃게 되어 자신을 속이는 사람들을 위해 자신의 권한을 행사하는 수렁에 빠진다는 의미이다.

나아가 Montesquieu는 아래와 같이 사법권을 왕으로부터 독립시킴으로써 재판작용의 핵심인 '공정성'을 더욱 효과적으로 확보할 수 있다고 주장한다.

독재국가의 왕은 스스로 재판할 수 있다. 그러나 군주국에서는 왕이 스스로 재판할 수 없다. 왕이 스스로 재판할 경우 국가구조가 파괴되고 중간적인 권력이 사라질 것이다. (중략) 군주가 판결을 내리는 것은 불공정과 권력남

714) Montesquieu/translated by Anne M. Cohler, Basia C. Miller, Harold Stone, *The Spirit of Laws*, Cambridge University Press(1989), p. 161

715) *Ibid.*, p. 165.

716) *Ibid.*, p. 80. 이 때 속일 사람들이란, 왕을 속여 권력을 얻고자 하는 사람들을 가리키는 것으로 보인다.

용의 마르지 않는 샘이 된다. 대신들은 군주를 정치적 술수로 군주를 줄라서 판결의 결론을 멋대로 주무를 것이다. 재판에 열광한 로마 황제들 몇몇이 있었다. 이제껏 불공정이라는 측면에서 그들보다 세상을 놀라게 한 사람은 없다.⁷¹⁷⁾

3) 국가기관 사이의 협력과 피드백 활성화를 통한 효율성 증진

Montesquieu는 권력을 나누어 놓고 권력 상호간의 견제장치를 마련하는 정치체제의 실제 작동은 조화로운 움직임으로 귀결된다고 주장함으로써, 국가기관의 조화와 협력에 대해 언급한다.

이와 같은 형태의 삼권은 그 구도만 정적으로 놓고 보면 정체 혹은 비활동 상태에 놓일 수 있다. 그러나 그 권력기관들이 사물의 필연적인 운동방향에 따라 움직이도록 강제된다면, 그 권력기관들은 조화를 이루어 움직이게 될 수밖에 없다.⁷¹⁸⁾

견제장치가 어떻게 조화로운 움직임으로 귀결되는지는 피드백 원리로 설명이 가능하다. Montesquieu는 아래와 같이 입법부가 자신의 법률이 집행부에 의해 잘 집행되고 있는지를 조사할 권한이 있고, 그렇게 해야만 입법부가 책임을 다하는 것이라고 주장하였다. 이는 피드백 활성화를 통한 국가의 효율성 증진으로 이해할 수 있다.

그러나 자유국가에서 입법권이 집행권을 견제할 권리를 가져서는 안 되지만, 입법권은 자신이 만든 법률이 어떻게 집행되고 있는지를 조사할 권한이 있고 조사해야만 한다. 이와 같이 할 경우 Crete의 kosmoi나 Lacedaemonia의 ephors처럼 자신의 법률의 집행에 대해 무책임한 정치체제의 문제점을 해결할 수 있다.⁷¹⁹⁾

(라) 적극적 입헌주의(Positive Constitutionalism)

1) 개념

입헌주의란 불문의 헌법원리 및 성문헌법에 따라 국가를 조직하는 국가조직 원리를 말한다.⁷²⁰⁾ 입헌주의는 역사적으로 군주에 의한 자의적 통치를 제한하

717) “(중략)” 표시를 기준으로 순차로, *Ibid.*, pp. 78, 79.

718) *Ibid.*, p. 165.

719) *Ibid.*, p. 162.

는 원리로 탄생하였다. 이러한 역사적 배경 때문에 입헌주의는 흔히 권력 제한의 측면에서 다루어지고 이를 ‘소극적 입헌주의(negative constitutionalism)’라 한다. 그러나 입헌주의라는 용어의 전통은 위와 같이 소극적인 의미뿐 아니라 적극적인 의미의 입헌주의 개념을 구성해 낼 수 있을 만큼 유연하다.⁷²¹⁾ 즉 소극적 입헌주의와 반대로 헌법을 국가기관을 만들고, 국가기관들에 임무를 할당하고, 국가목적 설정하고 나아가 국가가 제대로 기능하게 하는 도구로 보는 관점을 ‘적극적 입헌주의(positive constitutionalism)’라 한다.⁷²²⁾

적극적 입헌주의는 ‘제한(limitations)’에 대한 고정관념을 깬으로써 소극적 헌법주의에서 탈피할 것을 주장한다. 즉, 문법의 규칙이라는 제한을 토대로 풍요로운 의사소통이 가능한 것처럼, 헌법을 통해 국가를 만들고 권한을 조직하고 그 방향성을 설정해 두는 것을 토대로 국가가 존재하고 활발하게 기능할 수 있다는 것이다.⁷²³⁾ 적극적 입헌주의에서는 ‘제한정부(limited government)’와 ‘통제정부(controlled government)’를 구별한다. 즉, ‘제한정부’는 권력 제한의 도구로서의 헌법에 어울리지만, ‘통제정부’는 권력 제한의 도구로서의 헌법뿐 아니라, 사람들이 원하는 일을 하는 정부를 만드는 도구로서의 헌법도 의미한다는 주장이다.⁷²⁴⁾

2) 필요성

적극적 입헌주의자들은 국가작용을 적절한 것, 부적절한 것, 그리고 하도록 요구되는 것의 세 가지 범주로 나누어 볼 때, 세 번째 범주인 ‘하도록 요구되는 것’을 잘 하게 하는 것도 헌법의 중요한 기능으로 본다. 즉, 사람들은 법의 집행이나 외교, 국방, 사회보장 등과 같이 혼자서 할 수 없는 공공의 프로젝트를 서로 힘을 모아 이루어내기 위해 헌법을 통해 의회, 정부, 사법부 등 각종의 국가기관을 만들어 낸 것이므로, 협력을 통해 그러한 공공의 프로젝트를 잘

720) Stephen Holmes, “Constitutionalism”, *The Encyclopedia of Democracy Vol. 1*, Routledge(1995b), p. 299.

721) Nicholas Barber, “Constitutionalism: Negative and Positive”, *SSRN Electronic Journal*(2015) 10.2139/ssrn.2565721, p. 10.

722) Stephen Holmes 1995a, *op. cit.*, pp. 101, 102.

723) *Ibid.*, pp. 163, 164

724) Jeremy Waldron, “Constitutionalism: A Skeptical View”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper no. 10-87*, pp. 14, 15, 17(<http://ssrn.com/abstract=1722771>). Waldron은 역사적 배경은 다르지만, rule of law 역시 정부의 행위를 제한하는 법 및 정부의 행위를 촉진하는 법에 의한 정부 통제를 의미한다고 주장한다(*Ibid.*, p. 19.).

수행하도록 하는 것 역시 헌법의 중요한 기능이라는 주장이다.⁷²⁵⁾

입헌주의가 국가의 조직 원리인 이상, 국가도 사람들 사이의 협동을 통해 효율을 높인다는 조직 구성의 근본적인 이유에서 벗어날 수 없다.⁷²⁶⁾ 거대하고 복잡한 사회에서 사람들이 잘 살려면 국가가 필요하기 때문에 국가를 만든 것이므로, 그러한 기능을 하지 않는 국가는 국가의 정의에도 부합하지 않는다.⁷²⁷⁾ 따라서 국가 작용을 효율성을 높이기 위한 입헌주의의 기능 역시 중요하다.⁷²⁸⁾

3) 권력분립원리를 보는 시각

적극적 입헌주의의 관점에서는 국가기관간의 권력 분할을 분업과 협동의 관점에서 접근한다. 예컨대, Holmes는 권력분립원리가 ‘분업의 원리의 정치적 판본(political version of division of labor)’으로써 이를 통해 다양한 사회문제에 대한 국가의 감수성이 높아지는 한도에서, 적극적 국가목표 수행을 위해 창조적인 기능을 할 수 있는 장치가 될 수 있다고 한다.⁷²⁹⁾ 같은 맥락에서 Edley는 국가의사결정과정의 엄격한 ‘3분법(trichotomy)’은 ‘좋은 국가운영(sound governance)’을 위한 ‘3중주(trio)’가 되어야 한다고 주장한다.⁷³⁰⁾

이러한 관점에 서면 법률의 위헌 여부 심사는 입법부에 대한 피드백 기능을 활성화하는 도구로 이해할 수 있다. 권력분립의 원리는 효율성을 희생해서라도 권력 간의 통제를 통해 국민의 권리를 보호하려는 장치라는 통념을⁷³¹⁾ 넘어, 다양한 의견을 수렴하는 피드백 장치로서 궁극적으로는 국가가 당면한 과제에 대해 가장 좋은 답을 찾도록 돕는 도구가 된다.⁷³²⁾ 이와 같은 측면에서의 권

725) *Ibid.*, pp. 19-21. Waldron은 사회적 기본권과 같이 그 실현에 국가의 적극적인 행위가 필요한 기본권 규정은 그 자체로 적극적 입헌주의의 표현이라고 주장하고, 그 예로 남아프리카공화국 헌법 제26조 및 이에 관한 *Grootbromm* case를 든다(*Ibid.*, p. 18).

726) Nicholas Barber 2015, *op. cit.*, p. 1.

727) *Ibid.*, pp. 6, 11.

728) Holmes는 입헌주의의 어떠한 기능을 강조하는 입장인지에 따라 ‘형성적 입헌주의(enabling constitutionalism)’와 ‘제한적 입헌주의(obstructionist constitutionalist)’라는 개념을 사용하기도 한다(Stephen Holmes 1995b, *op. cit.*, p. 302).

729) 나아가 그는 권력분립의 원리는 특히 입법부와 집행부를 분할함으로써 입법자로 하여금 자신이 만든 법이 자신에게도 적용되리라는 전제 하에 법을 만들도록 강제하는 효과를 통해 입법자가 국민 전체를 대표하는 기능을 충실히 하도록 만들기 때문에 결국 민주주의를 강화하는 효과도 있다고 주장한다(Stephen Holmes 1995a, *op. cit.*, pp. 164-166).

730) Christopher Edley, *Administrative Law: Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Yale University Press(1990), pp. 223, 232.

731) Nicholas Barber 2015, *op. cit.*, pp. 4, 5.

732) Jeremy Waldron, *op. cit.*, pp. 22, 23; 피드백 기제의 일반론에 관해서는 Norbert Wiener

력분립원리와 결합한 민주주의를 입헌주의적 민주주의라 할 수 있는데, 그 핵심적인 기능은 시행착오를 통한 자기 수정의 효율성에 있다.⁷³³⁾

(마) 분업과 협동의 원리로서의 권력분립원리

1) 더 나은 법률을 만들기 위한 협력체로서의 국가기관들

국가 작용의 효율성에 관한 위와 같은 연구들은 결국 권력분립의 원리를 분업과 협동의 관점에서 바라볼 수 있음을 시사한다. 협력의 원리로서의 권력분립원리는 국민의 행복이라는 단일한 목표 하에 새로운 법률을 만들어내고 시험해 보고 평가하는 국가상을 전제로 한다. 즉 협력의 원리로서의 권력분립원리 하에서 입법부, 집행부, 사법부는 법률의 개선이라는 단일한 목표를 위해 노력하는 하나의 몸을 이루는 기관이 된다.

권력분립원리의 견제와 균형이 권력을 분할하여 상호 견제하게 함으로써 권력 상호간의 정적인 평형상태를 도모하는 원리라면, 권력분립원리의 분업과 협동은 권력을 분할한 다음 각자가 잘 하는 일을 전문화함으로써 국민이 원하는 것을 법률을 통해 실현할 길을 찾아나가는 역동적인 변화과정을 효과적으로 실현하는 원리이다.⁷³⁴⁾ 그리고 그 국가기관들 각각의 고유한 업무분장 및 업무능력향상과 국가기관들 간의 상호작용의 효율성 향상이 분업과 협동의 원리로서의 권력분립원리의 구체적인 모습이 된다.⁷³⁵⁾

입법부, 집행부, 사법부가 법률 개선 과정 중 자신이 맡은 부분에 대해 최선의 노력을 다하고, 최고의 이성과 판단력을 동원하여 최상의 전문적 능력을 키운다면, 더 좋은 법률이 탄생한다. 그러한 전문성을 바탕으로 집행부와 사법부는 자신의 업무수행결과를 법률의 생산자인 입법부에게 전달한다. 구체적으로 집행부는 법률안제출의 형태로, 사법부는 법률의 위헌 여부 심사와 합헌적 법

1954, *op. cit.*, pp. 26, 48-50, 58-63 참조.

733) Stephen Holmes 1995b, *op. cit.*, p. 304.

734) 미국헌법은 뉴턴의 기계론적 세계관에 기초하여 권력분립원리를 채택하였으나, 이는 다윈의 진화론적 세계관에 따라 실제로 운용될 수밖에 없다는 견해로, Woodrow Wilson, *Constitutional Government In the United States*, Columbia University Press(1917), pp. 54-57 참조. 기계론적 세계관과 유기체적 세계관의 정치사상에의 영향에 관해서는, Note, "Organic and Mechanical Metaphors in Late Eighteenth-Century American Political Thought", *Harvard Law Review*, Vol. 110 No. 8(1997. 6), pp. 1832-1849 참조.

735) 분업과 효율의 원리로서의 권력분립원리의 중요한 함의는 국가기관 사이의 상호작용을 원활히 할 수 있는 제도적 장치를 마련할 필요성을 드러낸다는 점에 있다. 이에 관해서는, 이재홍, "명령·규칙에 대한 사법심사의 구조와 전망-부수적 규범통제를 중심으로-", 법조(2014. 6.), 제76-89쪽 참조.

를 해석을 통해 각각 입법부에 대하여 법률 개선에 관한 피드백을 한다. 이러한 피드백을 가급적 효율적으로 그리고 가급적 많이 하여 최적의 법률을 찾아가는 속도를 늘리면 좋은 법률을 효율적으로 만들 수 있다.

2) 캐나다에서의 권력분립원리의 분업과 협동 구현 사례

이와 같은 관점에 서면, 캐나다 연방대법원의 권고적 의견(reference) 관할권을⁷³⁶⁾ 법률 개선을 위한 피드백 장치로 이해할 수 있다. 캐나다 연방대법원 법 제53조에 따르면 캐나다 총독은 연방대법원에 헌법해석, 연방법이나 주법의 위헌성, 연방이나 주 의회 혹은 정부의 권한 등에 관한 중대한 법적, 사실적 쟁점에 대해 권고적 의견을 요청할 수 있다. 권고적 의견 관할권은 견제와 균형의 관점에서 보면 권력분립원칙 원칙 위반으로 볼 여지가 있는 제도이지만,⁷³⁷⁾ 분업과 협동의 관점에서는 충분히 정당화가 가능하다.⁷³⁸⁾

또한 캐나다 연방대법원의 사법심사에 대한 ‘헌법적 대화(constitutional dialogue)’ 관점에서의 접근도⁷³⁹⁾ 분업과 협동, 피드백 증진의 관점에서 이해할 수 있다. 예컨대 캐나다 연방대법원은 다음과 같이 판시하였다.

사법심사와 이를 통한 입법부, 행정부와 대화는 각각의 부가 다른 부에

736) 캐나다 연방대법원의 권고적 의견은 이론상 법적 구속력은 없지만 최고법원의 판단이기 때문에 실무상 판결만큼의 구속력이 있는 것으로 취급되어 왔다(Jeremy Webber 2015, *op. cit.*, p. 126; Adam Dodek, Rosemary Cairns Way 2017, *op. cit.*, p. 214). 권고적 의견 관할권은 퀘벡 분리 독립(Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217), 동성결혼(Reference re Same-Sex Marriage [2004] 3 S.C.R. 698) 등 사회적으로 중요한 사안을 해결하는 기능을 수행해 오고 있다. 또한 권고적 의견에 대한 헌법적 대화이론 관점에서의 분석으로 김선희, 위의 책(2018), 제92-108쪽 참조.

737) 같은 커먼로 국가이지만, 미국이나 호주에서는 권고적 의견 관할권을 위헌적인 제도로 보고 있고, 영국 역시 매우 다른 형태를 띠고 있기 때문에 권고적 의견 관할권은 캐나다의 독특한 제도이다(Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, pp. 121, 122).

738) 캐나다 헌법은 사법부가 입법부나 행정부로부터 영향을 받지 않도록 하는 것을 목표로 하지만, 제도적으로 사법부를 절대적으로 분할하는 형태는 아니라는 지적으로, Jeremy Webber 2015, *op. cit.*, p. 122.

739) 김선희, 위의 책(2018), 제49-67쪽; Peter Hogg, Ravi Amarnath, “Understanding Dialogue Theory”, *The Oxford Handbook of Canadian Constitution*, ed. Peter Oliver, Patrick Macklem, Nathalie des Rosiers, Oxford University Press(2017), pp. 1053-1071; Rosalind Dixon, “The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference”, *Osgoode Hall Law Journal* Vol. 47, No. 2(2009), pp. 235-286[특히, 법률의 위헌 여부 심사 중 ‘재심사 사건(second look case)’, 즉 연방대법원이 특정 법률을 위헌으로 선언한 후 의회가 유사한 신법을 다시 제정하여 연방대법원이 신법에 대한 위헌심사를 하는 사건에서의 deference를 중심으로 한 헌법적 대화에 관해서는 Ibid., pp. 252-256, 272-282]; Robert Sharpe, Kent Roach 2017, *op. cit.*, pp. 39-42.

대해 어느 정도의 책임성을 가지게 된다는 점에 큰 가치가 있다. 입법부가 한 일이 사법부에 의해 심사되고, 사법부가 한 일에 대해 입법부는 법률 개정으로 대응할 수 있다(캐나다권리자유헌장 제33조에 근거한 반복권한이 있는 법률까지도 포함하여). 이러한 상호간의 대화와 각 부의 책임성은 민주주의라는 과정을 촉진하는 것이고 이를 거부하는 것이 아니다.⁷⁴⁰⁾

3) 권력분립원리의 분업과 협동과 법률 개선

끊임없이 변하는 세계와 그 불확실성, 그리고 인간의 제한된 이성을 고려하면, 단번에 최적의 법률을 만들어내는 것은 원리상 불가능기 때문에, 결국 시행착오를 많이 겪는 것이 가장 효율적으로 최적의 법률에 이르는 방법이다.⁷⁴¹⁾ 결국 분업과 협동의 원리로서의 권력분립원리란, 입법부, 집행부, 사법부가 법률 개선에 관한 각자의 고유한 업무에 특화된 업무수행능력을 기르고, 집행부, 사법부가 법률개선에 관한 자신의 업무수행결과물을 적극적으로 입법부에 전달함으로써 국민의 바람에 일치하는 더 나은 법률을 효율적으로 만드는 것을 핵심으로 한다.⁷⁴²⁾

(3) 권력분립원리와 과잉금지원칙적용강도

(가) 과잉금지원칙적용강도의 두 가지 측면

과잉금지원칙적용강도에는 두 가지 측면이 있다. 헌법상 권리 침해 방지라는 권력분립원리의 견제와 균형 측면에서의 요청과 국가효율성 증대라는 권력분립원리의 분업과 협동 측면에서의 요청이 그것이다. 전자는 낮익은 것이지만, 후자는 낯선 측면이 있다. 하지만, 앞서 살펴본 바와 같이 후자 역시 국가의 중요한 존재 이유이고 입법부나 집행부도 헌법상 권리를 포함한 헌법가치를 실현하기 위한 기관이며,⁷⁴³⁾ 입법부나 집행부에 나름의 특화된 기능을 부여하

740) *Vriend v. Alberta* [1998] 1 SCR 493, para. 139.

741) 이러한 과정의 일반적 설명으로, Eric Beinhocker, *The Origin of Wealth*, Harvard Business School Press(2006), pp. 202-213 참조. 이와 같은 방법은 언뜻 보자면 효율성이 떨어지는 것처럼 보이지만, 이것이 인간이 놓인 조건일 뿐 아니라 ‘복잡적응계(Complex Adaptive Systems)’를 이루는 세상 만물이 환경에 적응하며 변천해 온 공통원리이다(*Ibid.*, pp. 213-216).

742) 결국, 법률은 입법부, 집행부, 사법부, 국민 사이의 피드백에 의한 인공선택의 결과물로 이해할 수 있다. 인공선택에 관해서는 찰스 다윈/장대익 옮김, 종의 기원, 사이언스북스(2019), 제 47-91쪽 참조. 이러한 관념은 의원내각제를 채택할 경우 더 쉽게 이해할 수 있다. 의원내각제의 분업과 협동 측면에서의 우월성에 관해서는, 월터 배럿/이태숙 옮김, 영국헌정, 지식올만드는지식(2012), 제66, 67, 97, 108, 374-376쪽 참조.

여 분업을 도모하는 것이 국가 설계의 기본이자 현실이다. Beatty는 다음과 같이 주장한다.

과잉금지원칙은 사법부와 선출된 권력들이 서로 협동할 수 있도록 권력분립의 원리를 구조화함으로써 사법부, 입법부, 집행부가 서로 협동하여 낮은 사람들이 모여서 이루어진 공동체를 가능한 한 정의롭고 공정하게 만들도록 한다.⁷⁴⁴⁾

같은 맥락에서 캐나다 연방대법원은 아래와 같이 판시하였다.

민주주의를 통해 달성하려는 목표는 입법부와 사법부의 공동 작업에 의해 달성된다. Choudhry와 Howse가 정확히 언급한 바와 같이 “(중략) 구체적인 기준을 만들어 내려는 사법부와 입법부의 협력을 통해 희미하고 복잡한 헌법적 규범들이 비로소 적용 가능한 실체가 있는 무언가가 된다”⁷⁴⁵⁾

(나) 권력분립원리에 의한 과잉금지원칙적용강도 조절 정당화

견제와 균형의 원리로서의 권력분립원리의 측면에서 보면, 과잉금지원칙은 입법부가 법률을 수단으로 삼아 헌법상 권리를 침해하지 못하도록 견제하는 수단이다. 이와 같은 관점에 서게 되면, 과잉금지원칙적용강도는 원칙적으로 강화하는 것이 바람직하다. 예컨대, Alexy의 형량 제2법칙과 같이 헌법상 권리 제한의 정도가 클수록 과잉금지원칙적용강도도 강해져야 한다는 것이다.

한편, 분업과 협동의 원리로서 권력분립원리는 국가기관들이 각각 고유한 전문성을 키우고 상호 존중하여야 국가 전체의 효율성이 높아진다는 점에 주목한다. 이러한 관점에 서면, 과잉금지원칙은 입법부와 사법부 사이의 분업과 협동을 촉진하여 법률 개정의 효율성을 높일 수 있는 장치이다. 따라서 과잉금지원칙적용강도는 각각의 국가기관이 헌법상 권리 보장에 어떻게 기여하는 것이 헌법상 적절한 것인지를 주의 깊게 살펴 종합적으로 결정해야 한다.⁷⁴⁶⁾ 즉, 헌

743) 영국의 경우에는 인권법(Human Rights Act) 자체가 유럽인권협약상 권리보호는 의회와 법원의 공동 책임인 것을 전제로 규정되어 있다(Julian Rivers 2006, *op. cit.*, p. 175. Rivers는 특히 HRA 제4조 제2항과 제10조를 예로 든다).

744) David Beatty 2004, *op. cit.*, p. 172.

745) *Chaoulli v. Quebec(Attorney General)* [2005] 1 S.C.R. 791, para. 90.

746) Julian Rivers 2006, *op. cit.*, p. 176. 캐나다에서 과잉금지원칙을 매개로 한 이와 같은 긍정적인 상호작용에 관해서는 Alec Stone Sweet, Jud Mathews 2008, *op. cit.*, pp. 118-122 참조. 이러한 상호작용은 앞서 본 바와 같이 ‘헌법적 대화(constitutional dialogue)’라는 개념으로 이론화되어 논의되기도 한다.

법상 권리 보장의 영역에서 사법부에게 주된 임무로 맡겨진 분야가 어디인지를 기본적인 기준으로 하여 개별 구체적 사안마다 사법부의 영역과 입법부의 영역을 판단해야 한다. 이와 같이 볼 때, 과잉금지원칙적용강도의 완화를 지지하는 요소들도 비로소 권력분립원리의 관점에서 헌법상 정당화된다.

이와 같이 권력분립원리의 견제와 균형 측면, 분업과 협동 측면을 아울러 염두에 두면, 과잉금지원칙적용강도 조절이 민주주의와 법의 지배 사이의 적절한 균형점을 도출하는 기능을 한다는 점을 이해할 수 있다.⁷⁴⁷⁾ 예컨대, 헌법재판소는 과잉금지원칙적용강도 조절을 통해 다른 국가기관으로 하여금 특정한 사건에서 헌법, 특히 기본권 규정에 관한 해석에 적극적으로 참여하게 할 수 있다.⁷⁴⁸⁾ 따라서 헌법재판소가 의회나 행정부가 수행함이 적절한 기능을 자신이 수행하려 하거나, 혹은 헌법재판소가 수행함이 적절한 기능을 수행하지 않으려고 할 때에는 그러한 권한 유월을 뒷받침할 수 있는 과잉금지원칙적용강도 조절 근거를 제시해야만 한다.⁷⁴⁹⁾

3. *Oakes* 심사에 있어 deference 법리에 대한 이론적 분석

가. 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도와 과잉금지원칙적용강도의 구별

과잉금지원칙적용강도에 관한 이론은 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도와 과잉금지원칙적용강도를 구별하는 것을 전제로 한다. 과잉금지원칙적용강도는 과잉금지원칙을 위헌심사척도로 정한 이후에 그 적용강도를 다양화하는 국면에서 비로소 기능한다. 그 적용강도의 다양화는 과잉금지원칙의 적용을 위해 사실 인정 혹은 규범 판단을 할 때 불확실성이 발생하기 때문에 가능하다. 사실 인정에 있어 불확실성은 입법자의 경험-인식론적 재량의 근거가 되고, 규범 판단에 있어 불확실성은 입법자의 규범-인식론적 재량이나 구조적 재량의 근거가 된다. 이러한 불확실성을 입법재량 존중 정도를 조절함으로써 해결하는

747) 자유주의를 법이 어떠해야 하는지를 정하는 원리로, 민주주의를 법이 어떻게 될지를 정하는 방법에 관한 원리로 파악하는 Hayek의 논지를 받아들여 이를 법의 지배와 민주주의 사이의 관계와 같다고 보고 과잉금지원칙을 통해 사법부가 그 균형점을 모색하는 장을 마련한다는 주장으로, Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, pp. 1160, 1161.

748) Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, p. 1159; Stephen Gardbaum, "Proportionality and Democratic Constitutionalism", ed. Grant Huscroft, Bradley Miller, Grégoire Webber, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press(2014), p. 273.

749) Julian Rivers 2006, *op. cit.*, p. 182.

것이 과잉금지원칙적용강도의 본질이다.

이론적 관점에서 엄밀한 형태의 과잉금지원칙적용강도가 판례상 구현되려면, 그 전제조건으로 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도가 분명하게 고정되어 있을 것이 요구된다. 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도가 여러 가지 형태로 변형될 수 있다면, 과잉금지원칙이라는 이름 아래 여러 종류의 위헌심사척도가 모여 있게 되고, 이때 그 위헌심사척도들 중 어느 것을 택할지는 위헌심사척도 선택의 문제가 되므로, 이는 과잉금지원칙적용강도와는 다른 차원의 논의로 전환되기 때문이다.

캐나다 연방대법원의 판례들 중 위와 같은 이론적인 관점에서의 과잉금지원칙적용강도에 정확히 들어맞는 deference 법리가 대법관들 사이의 본격적인 논쟁의 대상이 된 사례는 *Hutterian Brethren* 판결에서 찾아볼 수 있다. 앞서 살펴 본 바와 같이 *Oakes* 심사의 하위 위헌심사척도, 특히 최소피해성은 *Hutterian Brethren* 판결 이후에 비로소 일의적인 의미로 정착되기 시작했기 때문에, 이를 전제로 하여 명확하게 포착 가능한 과잉금지적용강도 법리로서의 deference에 관한 본격적인 논쟁이 *Hutterian Brethren* 판결에서 이루어진 것은 우연이 아니다.

우선, *Hutterian Brethren* 판결의 다수의견은 최소피해성 심사를 시작하면서 복잡한 사회문제들에 관해서는, 일련의 대안들 중에 어느 것을 선택할지를 정함에 있어 입법부가 사법부보다 더 나은 지위에 있기 때문에 deference를 부여한다고 설시한 후,⁷⁵⁰⁾ ‘목적달성 동일성 검증단계’의 ‘똑같이’의 의미에 대해 다음과 같이 판시한다.

입법목적을 달성하면서도 덜 해로운 대안이 있는지를 판단함에 있어, 사법부는 입법부에게 deference를 부여해야 한다. 특히 복잡한 사회문제에 관한 사안에서는 사법부보다 입법부가 여러 대안들 중 어느 것을 선택할지를 더 잘 결정할 수 있다. (중략) 다만, 최소피해성을 무력화할 정도로 입법대안에 대해 심판대상조항과 비현실적일 정도로 아주 똑같이 정확한 정도로 입법목적을 달성하여야 할 것을 요구해서는 안 된다. (중략) 최소피해상은 입법목적을 현실적이고 실질적으로(in a real and substantial manner) 달성하는 입법대안이 있는지 있는지를 묻는 것이다.⁷⁵¹⁾

750) *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, para. 53.

751) *Ibid.*, para. 55.

그런데 위와 같은 다수의견을 소수의견은 다음과 같이 비판한다.

다수의견은 이러한 관점에서 일관성이 없어 보인다. 먼저 제54단락에서 다수의견은 “입법목적은 실제로 달성할 수 없는 대안은 최소피해성 단계에서 고려되지 않는다”고 하여 법원의 심사 범위를 수단과 목적 사이의 조정에 불과한 것으로 심각하게 줄인다. 그런데 다른 곳에서는 이에 관해 더 적극적으로 이유를 제시하면서 개입한다. “입법목적은 달성한다”는 것은 그 목적을 “현실적이고 실질적으로(in a real and substantial manner)” 달성함을 의미한다고 한다(제55단락). 이러한 입장이 심사의 실제에서 무엇을 의미하는지는 명확하지 않다. 그럼에도 불구하고, 이러한 표현은 최소피해성 단계에서도 입법목적은 재정의되고 구체화되어야 할 필요가 있다는 것을 드러내는 것으로 보인다.⁷⁵²⁾

요컨대, 소수의견은 제54단락에서의 다수의견의 실시와 제55단락에서의 실시가 모순이라는 취지이다. 다수의견의 제54단락 실시는 다음과 같다.

전직 이스라엘 대법원장인 Aharon Barak이 말한 바와 같이 합리적 관련성과 최소피해성은 본질적으로 적절한 목적과의 관계를 살펴 결론을 내리는 것이고, 그러한 목적을 실현할 필요성이 있다는 전제에서 파생되는 원칙이다. (중략) 입법목적은 실제로 달성할 수 없는 입법대안은 최소피해성에서는 고려되지 않는다.⁷⁵³⁾

다수의견의 제54단락 실시는 ‘목적달성 동일성 검증단계’에 대한 것이다. 이는 최소피해성이라는 위헌심사척도의 구체적인 논증구조에 관한 판시이기 때문에 피해의 최소성 원칙의 적용강도와는 관련이 없다. 반면, deference에 관한 다수의견의 제55단락 판시는 최소피해성이라는 위헌심사척도의 논증구조에 관한 내용이 아니라 최소피해성이라는 위헌심사척도의 적용에 있어 발생하는 불확실성을 해결함에 있어 입법재량을 얼마나 존중할 것인지에 관한 판시이다.

이렇게 보면 소수의견의 비판은 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도와 그 적용강도를 구분하지 못한 결과임을 알 수 있다. 소수의견은 최소피해성의 적용강도에 관한 내용을 최소피해성의 논증구조에 대한 비판의 근거로 삼는 것이므로 설득력이 떨어진다. 앞서 자세히 살펴본 바와 같이 과잉금지원칙의 하위

752) *Ibid.*, para. 197.

753) *Ibid.*, para. 54. 판결문에 있는 문헌 인용표시는 생략하였다.

위헌심사척도와 그 적용강도는 논의의 차원이 다르고 작동 원리도 다르기 때문이다. 이는 마치 불법영득의사라는 절도죄의 초과주관적 구성요건요소를 충족하지 못하여 무죄로 선고된 판례를 비판하면서 무죄추정 원칙이라는 증거법상의 원칙을 근거로 드는 것과 같다. 이러한 오류에 빠지지 않으려면 과잉금지 원칙의 하위 위헌심사척도와 과잉금지원칙적용강도를 구별할 필요가 있고, 이러한 관점에서 *Hutterian Brethren* 판결의 다수의견 중 위에서 살펴본 최소피해성 판단에 있어서의 deference 법리는 이론적인 관점에서 정당화된다.

나. 과잉금지원칙적용강도의 다양화

(1) 과잉금지원칙의 각 하위 위헌심사척도별 다양화

과잉금지원칙적용강도에 대한 이론적 논의들은 과잉금지원칙 적용상의 불확실성과 입법재량을 다룬다. 불확실성은 과잉금지원칙의 각 하위 원칙별로 발생할 수 있기 때문에, 입법재량 존중 정도 조절을 통한 과잉금지원칙적용강도의 다양화 역시 각 하위 원칙마다 가능하다. 앞서 살펴본 Brady의 이론이 이 점을 잘 보여준다. 이와 같은 관점에서 *Oakes* 심사의 각 하위 판단 단계에서 등장하는 deference 판시들을 이론적으로 정당화할 수 있다.

예컨대, *Hutterian Brethren* 판결에서 LeBel 대법관은 *Oakes* 심사의 제1단계, 즉 목적의 충분한 중요성 심사의 그 동안의 경향에 대해 서술하면서, 목적의 충분한 중요성 심사는 “입법목적의 정당성 원칙에 대한 일응 추정을 전제로 한 심사(a prima facie review of the legitimacy of the law’s objective)”라고 한다.⁷⁵⁴⁾ 많은 경우 deference 법리는 최소피해성 단계에서 중요한 역할을 한다. 그 이유는 최소피해성 중심 논증유형이 *Oakes* 심사 논증구조의 대세를 이루어 왔기 때문이다. 그렇다고 하여 효과의 비례성 단계에서 deference 법리가 아무런 역할을 하지 않는 것은 아니다. 예컨대 효과의 비례성 중심 논증유형을 택한 대표적인 판례인 *K.R.J.* 판결은 최소피해성, 효과의 비례성 판단 각각에서 deference에 관해 실시한다.⁷⁵⁵⁾

(2) 각 사안에 맞는 다양한 수준의 과잉금지원칙적용강도 조절

754) *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, para. 188.

755) 최소피해성 판단에서의 deference는 [2016] 1 S.C.R. 906, para. 75를, 효과의 비례성 판단에서의 deference는 *Ibid.*, para. 79.

과잉금지원칙적용강도에 관한 이론적 논의들은 과잉금지원칙적용강도의 다양화가 정도의 문제임을 전제로 한다. 이는 Kavanagh의 이론에서 분명히 드러난다. 과잉금지원칙적용강도가 본질적으로 불확실성 해결과 입법재량 존중의 문제이고, 다양한 개별 구체적 사안을 해결하기 위한 도구 개념인 이상, 전부 아니면 전무와 같은 2단계만으로 모든 사건을 해결하는 데에는 한계가 있게 마련일 것이다. 이와 같은 이론적 관점에 서면, *Oakes* 심사에 있어 deference를 단계적으로 다양화하는 캐나다 연방대법원의 판례를 이해할 수 있다. 물론 판례의 deference 법리는 2단계 혹은 3단계라는 원칙을 연역적으로 제시한 후에 그 틀에 맞추어 발전한 것은 아니다. 하지만, 전부 혹은 전무와 같은 형식의 구조로 이해할 수 없는 판례들이 등장하였으므로, *Oakes* 심사에 있어 deference는 유무보다는 정도로 파악하는 것이 합리적이다.

예컨대, 앞서 살펴본 바와 같이 *RJR-MacDonald* 판결의 3인의 위헌의견은 당해 사안이 통상 높은 수준의 deference가 부여되는 사안이지만, 형사처벌조항이기도 하므로 deference의 정도를 지나치게 높이는 것을 경계하였다.⁷⁵⁶⁾ 유사한 맥락에서 앞서 살펴본 *Hutterian Brethren* 판결의 제55단락에서 다수의 의견이 “피해의 최소성 원칙 심사를 무력화할 정도로 입법대안에 대해 심판대상조항과 비현실적일 정도로 아주 똑같이 정확한 정도로 입법목적을 달성하여야 할 것을 요구해서는 안 된다.”고 판시한 것은 ‘목적달성 동일성 검증단계’의 적용강도를 완화할 필요가 있음을 인정하지만, ‘목적달성 동일성 검증단계’가 너무 쉽게 통과될 정도로 완화하여서는 안 된다는 의미이다.⁷⁵⁷⁾ 나아가 *Carter* 판결에서도 의사의 조력에 의한 안락사는 대립하는 사회적 가치들에 관한 사안이어서 높은 수준의 deference에 적합한 면이 있지만, 의사의 조력

756) *RJR-MacDonald Inc. v. Canada(Attorney General)* [1995] 3 SCR 199, paras. 136, 160. Davidov는 이러한 판례의 태도를 “유연한(flexible)” deference로 지칭하면서 deference가 정도의 문제임을 지적한다(Guy Davidov 2001, *op. cit.*, pp. 138, 139).

757) 즉, 입법대안이 심판대상조항과 정확하게 100% 똑같은 정도로 입법목적을 달성할 것을 요구하지는 않는다는 의미이다. 필자의 견해와 반대로, 이 점에 관해서는 캐나다 연방대법원이 입법대안에 대해 심판대상조항과 완전히 같은 정도로 입법목적을 달성할 것을 요구했다는 비판적인 견해가 있다(Marshall Haughey 2011, *op. cit.*, pp. 74-77). 이 견해는 후터파 교도들이 전체 운전면허증 소지자 중 0.0091%에 불과하므로 이들에 대해 사진 등록의 예외를 인정하더라도 운전면허제도의 신분확인 기능을 충분히 달성할 수 있다는 입장이다. 그러나 이스라엘 대법원의 Addalah- The Legal Center for the Rights of the Arab Minority v. Minister of Interior HCJ 7052/03 판결의 피해의 최소성 원칙 판단 정도가 되어야 비로소 Haughey가 주장하는 정도의 최소한의 deference 부여로 볼 수 있을 것으로 보인다.

에 의한 안락사를 전면 금지하는 것은 복잡한 규제적 대응조치로 보기는 어려우므로, deference의 정도는 그만큼 줄어들어야 한다고 판시하였는데,⁷⁵⁸⁾ 이는 deference가 정도의 문제임을 드러낸다.

(3) 과잉금지원칙적용강도 다양화의 사유

이론적 관점에서 과잉금지원칙적용강도는 권력분립원리와 같은 형식적 헌법원리에 의해 조절하는 것으로 논의된다. 구체적으로 입법부와 사법부의 전문적 능력, 민주적 정당성, 제한되는 헌법상 권리의 중요성과 제한의 정도가 과잉금지원칙적용강도를 다양화하는 사유로 제시된다. 또한 과잉금지원칙적용강도를 완화 혹은 강화하는 것은 권력분립원리의 분업과 협동, 견제와 균형에 의해 정당화되는데, 권력분립원리란 권력을 속성별로 분할하는 것을 본질로 하므로, 과잉금지원칙의적용강도 다양화 사유는 입법부와 사법부의 속성에 따른 상대적 우위의 관점에서 분류해 볼 수 있다.

구체적으로 과잉금지원칙적용강도의 다양화 사유는 특정 사안에 관한 권한 행사의 헌법적 정당성과 특정 사안에 관한 구체적 전문성의 관점에서 입법부에 우위가 있는 사유와 사법부에 우위가 있는 사유로 대별할 수 있다. 이 때 특정 사안에 관한 권한 행사의 헌법적 정당성이란, 입법부의 경우 결단이 필요한 사회적 문제에 대해 민주적 정당성을 근거로 대처하는 것을 의미하고,⁷⁵⁹⁾ 사법부의 경우 소수자 보호를 위해 법률의 헌법상 권리 침해 여부를 사후적으로 심사를 하는 것을 의미한다. 예컨대, 제로섬(zero-sum) 관계에 놓인 대립하는 이해관계를 조정하기 위해 입법자가 어떠한 선을 긋는 것은 하나의 답이 있는 문제에 대한 정답을 발견하는 것이 아니라 결단의 문제이므로 입법부에 권한 행사의 정당성이 있다. 또한 예컨대, 입법자가 이미 소수자를 보호하기 위한 법률을 제정했다면, 소수자 보호를 위한 사법부의 권한 행사의 헌법적 정

758) [2015] 1 S.C.R. 331, para. 98.

759) 이러한 상황에서 왜 입법자에게 권한행사의 헌법적 정당성이 있는지에 관해 *Irwin Toy* 판결의 합헌의견은 통찰력 있는 근거를 제시한다. 합헌의견은 ‘국가공동체는 정답을 쉽게 알 수 없는 문제를 자원, 지식, 시간의 제약 속에서 신속하게 해결해야만 한다’는 점에 주목한다. 즉, 합헌의견은 국민이 자신의 대표자에게 그러한 어려운 상황을 해결하도록 하고, 그로 인해 발생하는 결과에 대한 책임은 그러한 해결을 위임한 공동체 전체가 함께 지는 것이 민주주의의 원리에 부합하므로, 입법자가 고안해 낸 해결책에 대해 사법부는 deference를 부여해야 한다는 의미이다. 이와 같이 합헌의견은 ‘의회는 민주적 정당성이 강하므로 그 판단을 존중해야 한다’는 통상적인 명제가 성립하는 이유를 민주주의 체제의 원리에서 도출해 낸다{[1989] 1 S.C.R. 927, 993}.

당성은 상대적으로 줄어든다.

특정 사안에 대한 구체적 전문성이란 특정 영역에 관하여 입법부 또는 사법부에 축적된 전문성이 있는 경우를 가리킨다. 이때 전문성은 절대적인 것이라기보다는 입법부와 사법부 사이의 상대적 비교에 따른 전문성을 의미한다. 전문성이 있는 영역에서는 판단의 불확실성이 적게 발생할 것이므로, 상대적 전문성이 우위에 있는 기관의 판단을 존중하는 것이 타당하다.

같은 사안에서 과잉금지원칙적용강도를 다양화 하는 사유는 여러 가지가 있을 수 있고, 각각 입법부 우위나 사법부 우위 어느 한 쪽을 지지하므로, 결국 각 사유별로 입법부나 사법부 어느 쪽이 우위에 있는지에 대한 결론이 달라질 수 있다. 이를 모두 종합하여 사안에 적절한 정도의 과잉금지원칙적용강도를 정해야 한다. 이러한 이론적 틀을 전제로 하여, 앞서 살펴본 *Oakes* 심사제에 있어 deference에 관한 판결들에서 deference 부여 요소로 제시된 사유를 분류해 보면 아래 <표 4>와 같다.

<표 4> deference 부여 사유의 분류

	입법부 우위	사법부 우위
권한 행사의 헌법적 정당성	<ul style="list-style-type: none"> ○ 대립하는 이해관계 조정 ○ 복잡한 사회문제 ○ 과학적 측정의 어려움 ○ 사회적, 경제적 관계를 규율하는 공공정책 ○ 소수자 보호 위한 법률 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 국가-국민의 일대일의 관계에서 헌장상 권리 제한 ○ 권리 제한의 심각성 ○ 헌장상 권리 규정의 구체성 또는 명확성 ○ 표현의 자유의 중핵
구체적 전문성	○ 선거제도 관련 사항	○ 형사법 관련 사안

(4) 과잉금지원칙적용강도 조절의 권력분립원리에 의한 정당화

이론적인 관점에서 볼 때, 과잉금지원칙적용강도 완화의 경우 권력분립원리의 분업과 협동의 측면에서, 과잉금지원칙적용강도 강화의 경우 권력분립원리의 견제와 균형의 측면에서 정당화된다. 이러한 이론이 *Oakes* 심사제에서 어떻게 실제로 구현되는지를 deference 부여 사유 중 ① 대립하는 이해관계를 조정하기 위한 법률, ② 소수자 보호를 위한 법률, ③ 입법부의 상대적 전문성,

④ 전모를 파악하기 어려운 사회-경제적 사안을 해결하기 위한 복잡한 규제조치로서의 법률, ⑤ 민주주의의 핵심인 권리를 제한하는 법률의 다섯 가지를 예로 들어 살펴보기로 한다.

위에서 든 다섯 가지 경우 모두에서 사법부는 법률의 위헌 여부 심사를 청구한 청구인의 헌장상 권리가 침해되었는지 아닌지를 판단한다. 따라서 권력분립원리의 견제와 균형의 측면에서만 보면 청구인의 헌장상 권리 침해를 견제해야 할 사법부가 입법부에 대해 deference를 부여하는 것은 쉽게 정당화되기 어렵다. 특히 캐나다 연방대법원의 판례에 따르면, 위 다섯 가지 요소들 중 ① 내지 ④는 deference 부여가 적절한 사안들이고, ⑤만 deference를 부여가 적절하지 않은 사안이므로, 권력분립원리의 견제와 균형만 강조해서는 대부분의 사안에서 deference 법리를 설명하기 어려워진다. 견제와 균형 측면에서의 요청이 없다는 소극적인 명제만으로 deference 부여를 정당화하려면, deference를 부여하는 것이 기본값이자 원칙이어야 하는데, 이를 정당화하기가 어렵기 때문이다.⁷⁶⁰⁾ 하지만 분업과 협동의 원리로서의 권력분립의 원리를 이해하면, 위 ① 내지 ④의 경우에도 deference 부여를 적극적으로 정당화할 수 있다.

우선, 대립하는 이해관계를 조정하기 위한 법률에 대한 deference 부여는 견제와 균형의 관점에서의 권력분립원리로는 설명하기 곤란하다. 대립하는 이해관계의 당사자 일방이 자신의 헌장상 권리 침해를 주장할 경우, 견제와 균형의 관점에서는 사법부가 그러한 헌장상 권리 침해를 견제하여야 하기 때문이다. 이러한 경우 deference를 부여하는 정당성은 권력분립원리의 분업과 협동의 측면을 보아야 비로소 명쾌하게 설명할 수 있다. 대립하는 이해관계의 조정은 결단으로 해결하여야 하고, 이는 입법자에게 권한 행사의 헌법적 정당성이 있으므로, 분업과 협동의 원리상 사법부로서는 이와 같은 사안에는 적극적으로 개입하지 않아야 국가 작용 전체의 효율성이 증진되기 때문이다.

다음으로, 의회가 사회적 약자를 배려하기 위하여 제정한 법률에 대한 과잉금지원칙 적용시에 deference를 부여하는 근거 역시 견제와 균형의 원리로서의 권력분립원리로는 설명하기 곤란하다. 소수자 보호를 목적으로 하는 입법에 대해 다수자가 자신의 권리가 침해되었다고 주장하며 소송을 제기한 경우에도

760) 과거에 필자는 deference를 부여하는 것이 원칙이라는 입장과 유사하게 과잉금지원칙적용강도를 표준 심사, 강화된 심사의 2단계로 나누고 원칙적으로는 표준 심사에 의하여야 한다고 주장하였다[이재홍, 위의 논문(2014. 12.)]. 그러나 과잉금지원칙적용강도 완화 혹은 강화 어느 한 쪽을 원칙으로 설정하는 것은 부적절하므로, 위와 같은 과거의 주장은 변경하기로 한다.

현장상 권리 제한이 발생하는 이상, 견제와 균형의 측면에서 보자면 사법부가 그 제한된 현장상 권리의 보호를 위해 적극적으로 과잉금지원칙을 적용해야 한다는 결론에 이르기 때문이다. 이러한 사안에서 deference 부여의 필요성은 권력분립원리를 분업과 협동의 원리로 이해해야 제대로 설명할 수 있다. 소수자의 권리 보호라는 사법부에게 맡겨진 주된 임무를 입법부가 미리 이행했다면, 사법부와 입법부는 협력관계에 놓인다. 따라서 이러한 경우 deference를 부여하지 않고 *Oakes* 심사의 적용강도를 강화한다면, 협력으로 인한 효율을 해칠 뿐 국가기능 전체의 관점에서 이익이 될 것이 없다. 따라서 소수자 보호를 위한 법률에 대해 deference를 부여하는 것은 권력분립원리의 분업과 협동 측면에서 정당화된다.⁷⁶¹⁾

또한, 입법부가 사법부에 비해 상대적으로 높은 전문성을 갖춘 분야에 관해서는 *Oakes* 심사에 있어 deference를 많이 부여하는 것 역시 권력분립원리의 견제와 균형의 측면만으로는 이해하기 어렵다. 즉, 법원은 대여금에서부터 시작하여 국제선물거래는 물론이고 최첨단 기술에 관한 특허에 관한 분쟁에 이르기까지 사건성이 있는 온갖 분쟁을 빠짐없이 다루므로, 입법부가 상대적 전문성이 있는 사안에 관한 법률에 대해서도 상세히 들여다 볼 능력이 있고, 시간과 자원이 충분하다면 사법부가 오히려 더 나은 판단을 할 가능성이 있기 때문이다. 입법부의 상대적 전문성을 이유로 한 deference 부여는 분업과 협동의 원리로서의 권력분립원리를 통해 제대로 된 설명이 가능하다. 사법부가 상대적 전문성을 가지지 못하는 분야에 대해 deference를 부여해야 하는 근본적인 이유는 국가기관간의 분업을 통해 국가작용의 효율성을 높이기 위해서이다. 제한된 시간과 자원으로 공동체 전체가 당면한 문제를 효율적으로 해결하는 것이 국가의 기본적인 기능이자 목표이므로, 이를 달성하기 위해서는 국가

761) 다만, 이는 소수자 보호를 위한 법률을 다수자가 다루는 경우 deference 부여가 필요하다는 것일 뿐, 현장상 권리를 제한당한 사람이 사회적 소수자라면 그들에게 유리한 방향으로 과잉금지원칙적용강도를 정한다는 뜻이 아니라는 점에 유의해야 한다. 즉, 이상의 논의를 소수자 집단이 법률의 위헌성을 다루는 경우에만 확대하여, 소수자 집단이 청구인인 경우에는 그들에게 유리한 '위헌'이라는 결론이 내려지도록 과잉금지원칙적용강도를 강하게 조절하여야 한다는 의미는 아니다. 예컨대, *Hutterian Brethren* 판결의 심판대상인 운전면허증에 대한 강제적 사진 첨부 조항은 입법목적 자체가 소수자 보호와 무관하다. 사진 첨부를 통해 신분확인체계의 완결성을 확보하는 것이 입법목적일 뿐 청구인이자 사회적 소수자인 후터와 교도들의 보호는 입법목적이지 아니다. 이러한 사안에서 청구인들이 사회적 소수자이므로 곧바로 과잉금지원칙적용강도를 강화해야 한다는 결론에 이르는 것은 논리적 비약이다. 이러한 논리적 비약의 예로, Marshall Haughey 2011, *op. cit.*, pp. 79, 80.

기관 사이의 분업이 필요하다. 이러한 분업이 이루어지지 않는다면, 의회의 결정은 언제나 사법부의 결정이 있기 전까지의 임시적인 것에 불과한 것이 되어 시의성 있는 국가의사결정이 불가능하게 된다. 이러한 관점에서 상대적 전문성을 기준으로 한 deference 조절이 쉽게 정당화된다.

끝으로, 전모를 파악하기 어려운 사회-경제적 사안을 해결하기 위한 복잡한 규제조치로서의 법률에 대해 deference를 부여하는 것은 입법자의 민주적 정당성의 관점에서 국가기관 사이의 분업과 협동의 한 형태로 파악할 수 있다. 이와 같은 사안은 통상 미래에 대한 예측판단과 시의성 있는 결단이 핵심적인 부분이기 때문에 신중한 판단과 설득력 있는 이유 제시와 논리적 법리 전개를 통한 결론 도출로는 효과적인 해결이 어렵다. 이러한 사안들은 민주적 정당성을 근거로 시의성 있게 결단하고, 그에 따른 결과를 공동체 전체가 부담하는 것이 적절하다. 따라서 이는 사법부보다 입법부가 더 잘 수행할 수 있는 국가 작용이다. 권력분립원리의 분업과 협동의 관점에 서면 이러한 사안에 대해 deference를 부여하는 것이 적절하다는 결론에 쉽게 이를 수 있다.

다. *Oakes* 심사에 있어 deference 법리에 대한 종합적 평가

(1) *Oakes* 심사에 있어 deference와 유사한 판례법리

캐나다 연방대법원의 deference 법리는 불확실성에 대한 대처이기 때문에 캐나다 연방대법원만 직면하는 특수한 상황이 아니다. 예컨대, 독일연방헌법재판소는 공동결정 판결을 통해 입법재량 존중의 정도를 명백성통제, 주장가능성 통제, 내용통제의 세 가지 단계로 구체화한 것으로 평가된다.⁷⁶²⁾ 이러한 논의는 이미 위헌심사척도를 과잉금지원칙으로 선택했음을 전제로 하여 그 적용강도를 조절하여야 한다는 의미이다.

지역인권법원인 ‘유럽인권재판소(European Court of Human Rights)’의 ‘평가의 여지(margin of appreciation)’ 법리 역시 과잉금지원칙 적용에 있어 불확실성의 해결 방법에 관한 것이다. 이에 관한 대표적인 판결인 *Handyside* 판결에서 유럽인권재판소는 다음과 같이 판시하였다(밑줄은 필자).

762) 방승주, “독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 헌법논총(1999), 제 345-358쪽; 김문현, 김주환, 임지봉, 정태호, 위의 책(2008), 제48쪽; Robert Alexy 2002, *op. cit.*, pp. 419, 420.

유럽인권협약은 협약이 보장하는 권리와 자유를 보장하는 일차적 임무를 회원국에게 부여하였다.(중략) 회원국의 다양한 국내법들을 관통하는 단일한 유럽의 가치체계를(morals) 찾아내는 것은 불가능하다. 특정 주제에 대한 견해가 빠르고도 광범위하게 진화하는 우리 시대에 있어, 각 회원국의 법률에 반영된 가치체계의 구체적인 요소들은 시간과 장소에 따라 다양할 수밖에 없다. 회원국의 국가기관들은 각국의 중요한 사회적 세력들과 직접적이고도 지속적인 접촉을 할 수 있으므로, 가치체계의 구체적인 내용이 무엇인지, “제한” 혹은 “처벌”의 필요성의 구체적 내용이 무엇인지를 알아내는 데에 있어 국제기구의 법관들보다 더 나은 지위에 있다. (중략) 유럽인권협약 제10조 제2문에 규정된 “필요성”이 의미하는 긴절한 사회적 필요가 현실적으로 있는 것인지에 대한 1차적인 평가는 회원국의 국가기관의 몫이다. 결국 제10조 제2문은 회원국에게 일종의 평가의 여지를(a margin of appreciation) 부여한다. 이 평가의 여지는 회원국의 입법부뿐 아니라 다른 국가기관들, 그 중에서도 특히 법률을 해석하고 적용하는 사법부에게 부여된다.⁷⁶³⁾

‘평가의 여지’ 법리에 관해 광범위한 연구를 한 Arai-Takahashi는 ‘평가의 여지’ 법리를 “회원국 정부가 사실 관계의 평가 및 국제인권조약 조항 적용에 있어 누리는 자유”라고 정의한다.⁷⁶⁴⁾ 유럽인권재판소가 위 판례에서 말하는 ‘평가의 여지’는 과잉금지심사를 할지 여부를 정한다거나 위헌심사척도인 유럽인권협약 제10조 제2문에⁷⁶⁵⁾ 규정된 ‘필요성’의 내용이 무엇인지에 관한 개념이 아니다. 이는 ‘필요성’의 내용은 이미 정해져 있다는 전제 하에, ‘필요성’이 실제로 있는지 없는지 여부가 사실적 또는 규범적으로 불확실할 때 회원국 정

763) *Handyside v. United Kingdom* (5493/72) 7 December 1976, paras. 48, 49.

764) Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Hart Publishing(2002), p. 2.

765) 제10조 제2문은 표현의 자유에 관한 개별적 법률유보조항이다. 원문은 다음과 같다. 필요성 부분의 강조표시는 필자가 한 것이다.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are **necessary in a democratic society**, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

부기관의 판단을 존중하는 것을 통해 과잉금지원칙의 적용강도를 완화하겠다는 의미이다. 유럽인권재판소의 이와 같은 평가의 여지 개념은 유럽연합법원(European Court of Justice)과 유엔인권위원회(Human Rights Commission of the United Nations)로 전파되었다.⁷⁶⁶⁾

물론 유럽인권재판소와 같은 국제재판소에서 평가의 여지는 의회의 1차적 합헌판단 존중이나 의회의 재량에 대한 존중 정도가 아니라 회원국의 1차적 합헌판단 존중이나 회원국의 재량에 대한 존중 정도를 내용으로 한다.⁷⁶⁷⁾ 하지만, 유럽인권재판소가 과잉금지원칙이라는 위헌심사척도의 선택 여부나 과잉금지원칙 자체의 구체적인 내용과는 별개로 과잉금지원칙의 적용강도 조절을 위해 ‘평가의 여지’ 법리를 적용하는 것은 캐나다 연방대법원이 deference 법리를 적용하는 것과 맥락이 같다.

(2) 입증책임과 deference와의 관계

직권주의에 의하는 우리 헌법재판과 달리 당사자주의에 따르는 캐나다 연방대법원의 헌법재판에서 입증책임 분배는 중요한 의미가 있다. *Oakes* 판결은 정부측에 입증책임이 있다고 판시한다.

헌장상 권리나 자유의 제한이 합리적이고 자유롭고 민주적인 사회에서 명백히 정당화됨을 입증할 책임은 그러한 제한을 변호하려는 측에 있다.⁷⁶⁸⁾

캐나다 연방대법원은 다음과 같이 헌장 제1조의 문언을 그 근거로 제시한다.

헌장 제1조의 문언상 헌장상 권리와 자유에 대한 제한은 그러한 권리의 일반적 보장에 대한 예외라는 것이 분명하기 때문이다. 또한 “명백히”라는 용어 역시 헌장상 권리를 제한하고자 하는 당사자에게 입증책임이 있음을 드러낸다.⁷⁶⁹⁾

766) Aharon Barak 2012, *op. cit.*, p. 418.

767) 즉, 국내법상 과잉금지원칙의 적용강도 법리는 입법부와 사법부 사이의 권력분립의 원리에서 유래된 것이고, 유럽인권재판소의 판례법상 평가여지 법리는 회원국과 국제재판소 사이의 관계에서 유래된 것이다(Aharon Barak 2012, *op. cit.*, p. 420).

768) *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, para 66.

769) *Ibid.*. 참고로, 뉴질랜드와 남아프리카공화국의 경우도 정부에게 입증책임을 부과한다(Aharon Barak 2012, *op. cit.*, pp. 440, 441]. 반면, 캐나다 연방대법원의 과잉금지원칙을 받아들였음에도 불구하고, 헌법상 권리 제한의 정당화 사유에 대한 입증책임을 법률의 합헌성추정원칙에 따라 원고에게 부과하는 아일랜드의 판례에 대한 비판적 견해로는, David Kenny, “Proportionality, the Burden of Proof, and Some Signs of Reconsideration”, 52 *Irish Jurist*(2014), p. 141을 법률의 합헌성추정원칙은 청구인이 헌법상 권리 제한의 존재를 주장하

구체적인 입증정도에 대해 캐나다 연방대법원은 다음과 같이 판시한다.

헌장 제1조에 관한 입증의 정도는 민사소송에서의 입증의 정도, 즉 '개연성의 우위(preponderance of probability)'에 의한다. (중략) 증거는 적절하고 설득력 있는 것이어서 사법부로 하여금 제한을 부과하는 경우와 하지 않는 경우 각각의 결과가 어떠한지 명확히 알 수 있도록 해야만 한다.⁷⁷⁰⁾

입증책임과 입증정도도 불확실성의 해소를 위한 것이므로, deference와 같은 기능을 한다. 이러한 이유 때문에 deference 법리는 입증책임과 자연스럽게 결합한다. 다만, 통상적인 민사소송에서 입증책임은 사실인정의 불확실성의 해소를 위해 사실인정 오류에 따른 위험부담을 당사자 중 일방에게 부과한 것인 반면,⁷⁷¹⁾ *Oakes* 심사의 deference는 사실인정의 불확실성은 물론이고 형량과 같은 규범적 판단의 불확실성까지 다루기 위한 개념이고, 그 불확실성 해소에 따른 위험부담을 입법부에 부담시키는 것이라는 점에 차이가 있다.

Oakes 판결 이후 캐나다 연방대법원은 입증의 정도를 사건별로 매우 완화하기도 하였다.⁷⁷²⁾ 이는 deference 부여와 관련이 있다.⁷⁷³⁾ 즉, 정부는 헌장 제1조에 규정된 명백한 정당화가 있었는지 여부를 민사상 입증정도에 의해 입증해야 하는데, 명백한 정당화의 수준을 deference를 통해 완화한다는 것이 캐나다 연방대법원의 입증책임-deference 사이의 관계에 관한 논리구조이다. 즉, 입증의 정도는 그대로 둔 채, 어느 정도나 확실히 정당화되어야 명백한 것으로 볼 것인지를 판단하는 과정에서 발생하는 불확실성을 해결하기 위해 deference 법리가 적용된다. 이는 앞서 살펴본 *Thomson Newspapers* 판결의 아래와 같은 실시에서 잘 드러난다.

선례들이 고려한 요소들, 즉 입법자가 보호하려고 하는 집단의 취약성, 해악에 대한 해당 집단의 주관적인 공포 및 인식, 특정한 해악의 정도나 그에 대한 해결책의 효과를 과학적으로 측정하는 데에 있어서의 곤란함 모두가

는 단계에만 관여할 뿐이므로 헌법상 권리 제한의 정당화 입증과는 무관하다는 견해로, Aharon Barak 2012, *op. cit.*, pp. 445, 446 참조. 또한 유럽연합법원(ECJ)의 과잉금지원칙 적용에 있어 각 하위 위헌심사척도별로 입증책임을 어떻게 분배하여야 하는지에 관해서는 Davor Šušnjar 2010, *op. cit.*, pp. 185-191.

770) *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103, paras. 67, 68.

771) Aharon Barak 2012, *op. cit.*, p. 435.

772) Christopher Bredk, Adam Dodek 2001, *op. cit.*, pp. 185, 186.

773) Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 123.

심판대상조항이 민사상 입증의 정도에 따라 명백하게 정당화될 수 있는 제한인지를 판단함에 있어 사법부가 고려해야만 하는 요소들이다. (중략) 이러한 요소들은 정부가 충족해야만 하는 입증의 정도가 어떠한 것인지를 나타내는 것이 아니라, 오히려 명백한 정당화가 이루어졌는지의 문제에 관한 요소들이다.⁷⁷⁴⁾

(3) deference 법리의 귀납적 성격 및 명시적 근거제시의 필요성

이상에서 살펴본 바와 같이, deference를 통해 과잉금지원칙적용강도를 조절하는 캐나다 연방대법원의 판례들은 과잉금지원칙적용강도에 관한 이론들은 물론이고 권력분립의 견제와 균형, 분업과 협동의 측면에서 정당화된다. 다만, 구체적으로 과잉금지원칙의 각 하위 위헌심사척도의 적용강도를 어떻게 달리 해야 하는지에 관해서는 사건마다 대법관들의 의견이 일치하지 않는다.⁷⁷⁵⁾ 이러한 불일치는 구체적 사건에서 deference에 영향을 주는 다양한 요소들에 대한 종합적 평가에 따라 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도의 적용강도가 정해지기 때문인 것으로 볼 수 있다.⁷⁷⁶⁾

구체적으로 ‘언제 의회의 판단을 존중할 것인가’는 연역적 추론의 대상이라기보다는 아직 개척되지 않은 등반로를 개척하는 것과 같은 귀납적 해결의 대상이다. 과잉금지원칙적용강도 조절은 수없이 많은 현장상 권리 제한의 구체적 상황을 하나하나 해결해 가면서 가지 않은 길을 만들어 가는 것에 유사한 측면이 있다. 하지만, 아무런 원칙이나 공통점 없이 그 때 그 때 임시방편에 불과한 해결책을 제시하는 것은 아니다. 빙판이 나타나면 아이젠을 착용하고, 크레바스가 나타나면 가급적 우회로를 찾는 것과 같이 유사한 상황에 적용할 수 있는 세부적인 원칙을 세울 수 있다.

캐나다 연방대법원이 의회의 판단을 존중해야 하는 근거로 제시한 다양한 요소들이 바로 그러한 최소한의 원칙에 해당된다. Taggart의 주장처럼,⁷⁷⁷⁾ 이

774) *Thomson Newspapers v. Canada* [1998] 1 S.C.R. 877, para. 90.

775) Petersen은 이러한 상황은 독일연방헌법재판소도 다르지 않다고 평가한다. 그는 독일연방헌법재판소가 입법재량 존중 정도 결정에 있어 심판대상조항이 어떠한 분야에 관한 법률인지, 불명확성이 얼마나 큰지, 문제되는 법익의 중요성이 얼마 큰지와 같이 다양한 요소를 고려하나, 이러한 기준은 모호할 뿐만 아니라 일관성 있는 법리를 형성하고 있다고 보기도 어렵다고 주장한다(Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 126).

776) 예컨대, *Canada(Advocate General) v. JTI-MacDonald Corp.* [2007] 2 S.C.R. 610, paras. 41(합리적 관련성), 43(최소피해성).

777) Michael Taggart 2008, *op. cit.*, p. 458.

요소들의 목록은 끝이 없을 수도 있다. 그러나 각양각색의 작은 천 조각들이 모여 결국은 거대한 쉼트를 완성하듯, 과잉금지원칙의 다양한 국면마다 적절한 적용강도를 도출하기 위한 나름의 원칙을 세우려는 작은 노력들이 모이면 결국은 과잉금지원칙적용강도에 관한 거대한 세계지도가 완성될 것이다. *Oakes* 심사에 있어 deference 법리는 과잉금지원칙적용강도를 결정하는 요소들의 목록을 확충하고 그 작용 국면을 분석하려는 노력으로 평가할 수 있다.

또한 *K.R.J.* 판결에서⁷⁷⁸⁾ 볼 수 있듯이, 같은 정도의 deference의 부여를 전제로 하여도 두 개의 심판대상조항 각각에 대해 한 쪽은 효과의 비례성 원칙 위반의 결론이, 다른 한 쪽은 효과의 비례성 원칙 준수의 결론이 내려질 수 있으므로, deference를 함헌 또는 위헌 중 어느 한 결론으로 유도하기 위한 가장적(假裝的) 이유제시 수단으로 폄하하는 것은 부당하다. 따라서 이와 같은 점을 모두 종합해 보면, deference 부여를 결정하는 일의적인 기준이 없다는 것이 곧 사법부 판단의 자의성을 의미하는 것이라고 말하기는 어렵다.⁷⁷⁹⁾

deference의 귀납적 속성을 고려하면, 어느 상황이나 연역적으로 적용 가능한 하나의 통일적인 deference 법리를 만드는 것보다는 각각의 개별 사건마다 deference를 부여하거나 부여하지 않는 이유를 결정문에 분명히 그리고 숨김 없이 적시하는 것이 훨씬 중요하다는 점을 알 수 있다.⁷⁸⁰⁾ 이러한 점에서 앞서 살펴본 캐나다 연방대법원의 deference 법리는 그 비밀관성에 대한 비판보다는, 명시적인 이유 제시의 유무와 그 정당화 근거의 관점에서 검토하는 것이 타당하다고 생각한다. 따라서 비록 캐나다 연방대법원의 판결들이 하나의 일관된 목소리를 내고 있지 않고, 모든 판결에서 자세한 근거가 제시되는 것도 아니지만,⁷⁸¹⁾ deference 부여 정도에 관한 법리적 논쟁이 판결문을 통해 면면히 이루어져 오고 있다는 점은 긍정적으로 평가할 수 있다.

778) *R. v. K.R.J.* 1 S.C.R. 906.

779) Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 127.

780) McBride는 법원이 과잉금지원칙을 적용함에 있어 ‘평가의 여지(margin of appreciation)’를 허용하여 과잉금지원칙을 약화시킬 때 그러한 방식의 과잉금지원칙 적용의 약화를 뒷받침할 논거를 더 완벽하게 제시하지 않는다면, 법원의 결정은 덜 논리적인 판단이자 권리와 이익 사이에 달성되어야 할 균형관계에 대한 더 자의적인 판단으로 보일 위험이 있다고 강조한다[Jeremy McBride, “Proportionality and the European Convention on Human Rights”, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. Evelyn Ellis, Hart Publishing(1999), p. 35].

781) 이에 대한 비판으로 Guy Davidov 2001, *op. cit.*, p. 149.

4. 소결

- 법률의 위헌 여부 판단은 ① 위헌심사척도의 선택, ② 선택한 위헌심사척도의 적용, ③ 위헌심사척도 적용시 발생하는 불확실성 해소의 3단계 판단을 순차로 진행하는 구조로 이루어진다. *Oakes* 심사에 있어 deference는 ③ 불확실성 해소 단계에서 *Oakes* 심사의 각 하위 판단단계별로 발생할 수 있는 불확실성을 해소하기 위해 입법재량을 얼마나 존중할지를 의미한다.
- 과잉금지원칙을 위헌심사척도로 선택한 후 그 적용과정에서 불확실성이 발생할 수 있는데, 이는 입법재량 존중의 정도를 조절함으로써 해결할 수 있다. 그 결과 위헌의 결론에 이를 경향성의 정도가 달라지는데, 이를 '과잉금지원칙적용강도'로 개념화 할 수 있다.
- '과잉금지원칙적용강도'는 위헌심사척도를 과잉금지원칙으로 선택한 이후 불확실성 해소 단계에 이르러 비로소 고려된다. 한편, 입법재량 존중의 정도는 위헌심사척도 선택 단계에서 고려될 수도 있는데, 그에 따라 위헌의 결론에 이를 경향성의 정도가 달라지는 정도를 '과잉금지원칙적용강도'와 구별하여 '위헌심사강도'로 개념화할 수 있다.
- 과잉금지원칙적용강도에 관한 이론들에 따르면, 과잉금지원칙적용강도 조절은 과잉금지원칙의 각 하위 원칙별로 가능하다. 또한 과잉금지원칙적용강도를 결정하는 요소로는 민주적 정당성, 입법부의 상대적 전문성, 헌법상 권리 제한의 심각성 등이 있다.
- 과잉금지원칙적용강도는 다양한 사건을 해결해 나가면서 점차 귀납적으로 밝혀나갈 수 있다. 과잉금지원칙적용강도의 강화는 권력분립원리의 견제와 균형에 의하여, 완화는 권력분립원리의 분업과 협동에 의하여 정당화 된다.
- *Oakes* 심사에 있어 deference는 deference의 정도 및 그 사유의 측면에서 과잉금지원칙적용강도에 관한 이론들로 정당화 가능하다. deference의 정도를 결정하는 사유는 특정 사안에 대한 권한 행사의 헌법적 정당성에 관한 사유와 구체적 전문성에 관한 사유로 나누어 각각의 경우에 입법부와 사법부 중 어느 쪽이 상대적 우위에 있는지를 기준으로 분석할 수 있다.
- deference는 그 근거를 제시하는 것이 중요하다. 캐나다 연방대법원이 항상 deference에 관해 자세한 논증을 하지는 않지만, 그에 관한 법리 논쟁이 판결문을 통해 계속되어 오고 있다는 점은 긍정적으로 평가할 수 있다.

제4장 대한민국 헌법재판소에 대한 시사점

제1절 과잉금지원칙 논증구조에의 시사점

1. 헌법재판소의 과잉금지원칙 논증구조

가. 개관

우리나라 헌법재판소는 창립 초기부터 과잉금지원칙을 위헌심사척도로 삼았다. 헌법재판소는 과잉금지원칙이 목적의 정당성, 수단의 적합성(=방법의 적절성), 피해의 최소성(=침해의 최소성), 법익의 균형성의 네 가지 하위 원칙으로 이루어진다고 본다.⁷⁸²⁾ 헌법재판소는 통상 목적의 정당성 원칙부터 법익의 균형성 원칙까지 차례로 판단한다. 이는 수직적 과잉금지심사의 징표이다.

다만, 헌법재판소는 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도 중 어느 하나에 위반된다고 판단한 후에도 다음 하위 위헌심사척도에 관한 판단으로 나아가는 경우가 많다. 예컨대, 심판대상조항이 수단의 적합성 원칙에 위반된다고 해도, 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙까지 판단한다. 이는 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도를 차례로 판단해 나가면서 어느 한 하위 위헌심사척도가 만족되지 않는 경우에는 곧바로 위헌의 결론을 내고 다음 하위 위헌심사척도에 관한 판단을 생략하는 전형적인 수직적 과잉금지심사의 모습과는 거리가 있다.

우리나라 헌법재판소의 과잉금지원칙 적용에 있어 또 하나의 특징은 많은 경우, 대부분의 논증이 피해의 최소성 원칙 부분에서 이루어진다는 점이다. 그 결과 극히 예외적인 경우를 제외하면 피해의 최소성 원칙 적용의 결론이 곧 과잉금지원칙 적용 전체의 결론이 된다. 우리 결정례의 경우 피해의 최소성 원칙에 위반되면 법익의 균형성 원칙에도 위반되고, 피해의 최소성 원칙에 합치되면 법익의 균형성 원칙에도 합치되는 경우가 거의 전부이다. 피해의 최소성 원칙에 합치되나 법익의 균형성 원칙에 위반되는 경우는 거의 찾아보기 어렵다.⁷⁸³⁾

782) 우리 헌법재판소의 과잉금지원칙의 하위 원칙 지칭 용어에 관한 평가로, 김대환, “우리나라 헌법상 과잉금지원칙 -특히 기본권의 본질적내용침해금지원칙과의 관계를 포함하여-”, 공법학연구 제6권 제3호(2005. 12.), 제193쪽; 김종보, 위의 논문(2009), 제175쪽 각주 3; 한수웅, 위의 논문(2016. 12.), 제8-9쪽 각 참조.

나. 분석 방법

이하에서는 우리 헌법재판소의 과잉금지원칙 적용에 있어 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙의 적용 실재를 분석한다.⁷⁸⁴⁾ 다만 헌법재판소가 창립 이래 2019년 11월까지 내린 결정 전부를 분석 대상으로 삼기보다는, 그 중 위헌성 결정, 즉 위헌, 헌법불합치, 한정위헌, 한정합헌결정들을 중심으로 분석한다.⁷⁸⁵⁾ 합헌결정은 과잉금지원칙의 논증구조에 있어 중요한 선례로 기능하는 등의 특별한 사정이 있는 경우에만 분석의 대상으로 삼는다.

이와 같이 분석 대상을 원칙적으로 위헌성 결정으로 좁히는 이유는 분석의 효율성을 높이기 위해서이다. 물론 이렇게 할 경우 합헌결정에서 이루어진 과잉금지원칙 논증구조에 대해서는 정확한 분석이 어렵다. 하지만, 특정 시기에 과잉금지원칙의 논증구조에 대한 재판관들의 이해나 재판소의 입장이 어떠했는지는 합헌결정이든 위헌성 결정이든 간에 공통적으로 드러나게 마련이다. 특히 법률에 대한 위헌성 결정은 국회가 만든 법률의 효력을 상실시키므로, 논증의 치밀함이 빛을 발하는 경우가 많다. 따라서 위헌성 결정들을 중심으로 헌법재판소의 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도를 분석하는 것은 좋은 리트머스 시험지가 될 수 있다.

헌법재판소는 1998. 9. 1. 창립 이래 2019. 11. 30.까지 약 31년 동안 지정

783) 이러한 드문 예로, 현재 1998. 12. 24. 89헌마214, 현재 2002. 8. 29. 2000헌가5를 들 수 있다.

784) 우리 헌법재판소의 과잉금지원칙 적용을 ①합리성심사, ②완화된 과잉금지심사, ③엄격한 과잉금지심사의 세 종류로 분석하기도 한다. 예컨대, 노회범, “기본권의 제한과 형성-합헌성 심사 기준을 중심으로-”, 헌법논총 제18집(2007), 147-152쪽, 이명웅, “위헌여부 판단의 논증방법”, 저스티스 제106호(2008. 9.), 318-323쪽, 전종익, 위의 논문(2010), 251-255쪽. 완화된 과잉금지심사 안에는 통상 피해의 최소성 원칙을 “입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것 인지”를 심사하는 정도로 완화하는 경우(현재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 198), 직업의 자유에 대해 단계적인 위헌심사척도를 사용하는 경우(현재 2002. 10. 31. 99헌바 86등, 판례집 14-2, 410, 433-438), 재산권에 있어 독특한 위헌심사척도를 사용하는 경우(현재 2005. 5. 26. 2004헌바90, 판례집 17-1, 660), 재판청구권에 있어 상당한 정도로 권리구제의 실효성이 보장되는 정도로 완화된 의미에서 일지언정 비례의 원칙이 준수되어야 한다는 기준을 사용하는 경우(현재 2001. 6. 28. 2000헌바77, 판례집 13-1) 등이 포함되는 것으로 설명된다. 헌법재판소가 동일한 기본권에 대해 다른 종류의 위헌심사척도를 사용한 결정례를 정리한 문헌으로, 김하열, 위의 논문(2012. 12.), 52-57쪽.

785) 이러한 연구방법론은 독일, 캐나다, 남아프리카공화국에 대해 각국의 위헌결정 전부를 조사하여 비교한 Petersen의 연구방법론을 차용한 것이다(Niels Petersen 2017, *op. cit.*). 이 논문의 최종심사일인 2020. 1. 3. 기준으로 헌법재판소 홈페이지에서 검색가능한 최신 판례가 2019. 11. 선고된 판례이므로, 2019. 11.까지 선고된 판례들을 분석 대상으로 한다.

재판부 결정, 불기소/기소유예 처분에 대한 헌법소원심판청구 사건에 대한 결정, 각종 신청사건에 대한 결정을 제외하고 약 5,000건의 전원재판부 결정을 선고하였다.⁷⁸⁶⁾ 그 중 위헌성 결정은 약 590건이다.⁷⁸⁷⁾ 이와 같은 위헌성 결정 중 법률을 심판대상으로 하여 과잉금지원칙을 적용한 결정들만을 분석 대상으로 하되 그 중 다음의 세 가지 경우는 분석 대상에서 제외한다. 첫째는 과잉처벌에 관한 위헌성 결정이다. 헌법재판소는 형벌이나 과태료가 지나치게 과한지를 판단함에 있어서도 과잉금지원칙을 언급하지만, 전형적인 4단계 과잉금지원칙을 적용하는 대신 형벌의 체계정당성 등을 살피는 독자적인 위헌심사척도를 적용하는 경우가 많기 때문이다. 둘째는 세법에 관한 위헌성 결정이다. 우리 헌법재판소는 세법에 관한 위헌 여부를 심사할 때에도 과잉금지원칙을 언급하지만, 과잉금지원칙의 4단계 하위 원칙을 차례로 적용하지 않는 경우가 많다. 이러한 결정들은 과잉금지원칙의 논증구조를 밝히는 데에 큰 도움이 되지 않으므로 원칙적으로 분석 대상에서 제외한다. 다만, 위 두 유형에 해당되는 결정들이라도 당해 결정의 다른 심판대상조항이나 반대의견에서 명시적으로 과잉금지원칙의 4단계 하위 원칙을 적용하였기 때문에 논증구조 분석에 있어 유의미한 경우에는 분석의 대상으로 삼는다. 셋째로 과잉금지원칙을 언급하나 제37조 제2항 후문의 '본질적 내용 침해 금지'만을 위헌심사척도로 삼은 결정들도 분석 대상에서 제외한다. 이러한 결정들 역시 과잉금지원칙의 논증구조 분석과는 직접적인 관련이 없기 때문이다. 이와 같이 분석 대상을 한정할 경우 분석의 대상이 되는 위헌성 결정은 모두 200건이다.⁷⁸⁸⁾ 이하에서는 이 결정들을 통칭하여 '과잉금지원칙 논증구조 분석 대상 결정'이라 한다.

과잉금지원칙 논증구조 분석 대상 결정들의 판단 내용이 과잉금지원칙의 하위 원칙 중 어느 단계에 해당되는지는 결정문의 분류에 따랐다. 결정문에 명시적인 분류가 없는 경우에는 그 내용을 토대로 필자가 분류하였다. 과잉금지원칙 논증구조 분석 대상 결정들의 목록과 구체적인 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도의 논증구조는 [별지]에 정리하였다. 과잉금지원칙 논증구조 분석 대상 결정들은 논증구조에 따라 크게 (1) 미분화형 논증유형, (2) 완전 분화형

786) 헌법재판소 홈페이지에서 제공하는 판례검색시스템 검색 결과이다.

787) 헌법재판소 홈페이지에서 제공하는 판례검색시스템 검색 결과이고, 위헌, 헌법불합치, 한정위헌, 한정합헌, 인용결정을 합산한 것이다.

788) 이는 헌법재판소 홈페이지에서 제공하는 판례 데이터베이스에서 '과잉금지' 또는 '비례'를 검색어로 하여 판례를 검색한 결과물을 1차 자료로 하여 추린 것이다.

논증유형, (3) 불완전 분화형 논증유형의 세 가지로 분류할 수 있다. 이하에서 자세히 살펴본다.

다. 논증유형1: 미분화형 논증유형

헌법재판소의 과잉금지원칙 관련 결정례들 중 과잉금지원칙을 4단계 하위 원칙으로 명확하게 분리하여 논증하지 않는 논증방식을 취한 결정들을 ‘미분화형 논증유형’으로 분류하기로 한다. ‘미분화형 논증유형’은 헌법재판소의 초기 결정례에서 다수 발견할 수 있다. 헌법재판소 결정 중 과잉금지원칙을 처음으로 적용한 것은 합헌 결정인 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1 결정이다.⁷⁸⁹⁾ 다만 이 결정은 과잉금지원칙을 적용하였으나, 4단계 하위 원칙에 관해서는 아무런 언급이 없고 관련된 공익과 제한되는 기본권을 비교형량하는 내용으로 이루어져 있다. 이 결정 중 과잉금지원칙이 직접 언급된 부분은 다음과 같다.

사법서사법에 위 동등 이상의 규정을 정하지 아니하여 경합자 환산 규정의 근거를 잃게 되었고 따라서 서기직 종사기간이 전혀 주사직 종사기간으로 환산되지 아니함으로써 사법서사자자격의 문호를 좁혀 직업선택의 자유를 제한하는 결과가 되었다 해도 직업선택의 자유가 제한될 수 없는 절대적 자유가 아닐진대 이와 같은 제한은 위에서 본 바와 같이 서기직의 지위를 고려하여 사법서사의 자질저하를 막고 대국민 위해를 방지코자하는 공공복리를 위한 제한으로 보아야 할 것이고, 그 제한이 헌법상의 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙의 위배로 보여지지는 않는다.

과잉금지원칙의 하위 원칙을 최초로 구별한 결정은 합헌결정인 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 결정이다. 위 결정 중 과잉금지원칙의 하위 원칙에 대한 부분은 아래와 같다.

과잉금지의 원칙은 국가작용의 한계를 명시하는 것인데 목적의 정당성 원칙, 방법의 적정성, 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙(보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 한다는 것으로서 그래야만 수인(受忍)의

789) 판례집 1, 9. 위 결정을 포함하여, 우리 헌법재판소의 과잉금지원칙 논증구조의 연원에 대한 분석으로, 강일신, 위의 책(2018), 제57-65쪽; 강일신, “과잉금지원칙의 논증방식”, 법학연구 제30권 제1호, 충남대학교 법학연구소(2019. 2.), 제194-199쪽 참조. 이하 과잉금지원칙 논증구조의 연원으로 제시한 판례들은 강일신의 연구결과에 따른 것이다.

기대가능성이 있다는 것)을 의미하는 것으로서 그 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙이다.⁷⁹⁰⁾

이 결정은 이와 같이 일반론을 제시하였으나 법익의 균형성 원칙을 제외하고는 각 하위 원칙에 대해 구체적으로 설명하지 않았다. 또한 위와 같은 일반론 제시 후에 실제 논증에서는 각 하위 원칙 판단 단계를 명확히 구별하지는 않았다. 과잉금지원칙의 각 하위 원칙의 내용이 무엇인지는 위 결정을 인용한 최초의 위헌결정이자 향후 리딩케이스로 중요한 역할을 한 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95 결정에서 아래와 같이 실시되었다.

과잉금지의 원칙이라는 것은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법 활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성 원칙), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법(조세의 소급우선)이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한(담보물권의 기능상실과 그것에서 비롯되는 사유재산권 침해)의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성 원칙), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성 원칙)는 헌법상의 원칙이다(헌법재판소 위 결정 참조).⁷⁹¹⁾

그러나 이 결정 역시 위와 같이 비교적 자세히 과잉금지원칙의 하위 원칙 각각의 일반론을 구별하여 실시하였으나, 실제 논증에서는 심판대상의 문제점들을 차례로 나열하여 검토하면서 그러한 문제점 때문에 과잉금지원칙의 하위 원칙 중 둘 또는 셋에 위반된다고 뭉뚱그려 판시하였다. 따라서 이러한 유형의 결정 역시 그 논증의 실체는 본격적인 단계적 판단을 수행한 것으로 평가하기 어렵으므로, ‘미분화형 논증유형’에 해당한다.

790) 판례집 1, 357, 374.

791) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260. 이 판례에서 인용한 “위 결정”이 바로 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 결정이다.

라. 논증유형2: 완전 분화형 논증유형

(1) 의의

우리 헌법재판소의 결정례 중에는 과잉금지원칙의 하위 원칙을 단계적으로 판단하고, 피해의 최소성 원칙 판단과정에서 대립하는 가치들 사이의 우열에 관한 규범적 판단을 하지 않는 논증방식을 취하는 결정들이 있다. 이러한 논증방식을 택한 결정들을 ‘완전 분화형 논증유형’으로 분류하기로 한다.

(2) 연원 및 전개

‘완전 분화형 논증유형’은 원형은 헌재 1991. 5. 13. 89헌가97 결정 중 재판관 조규광, 재판관 변정수, 재판관 김양균의 반대의견에서 찾을 수 있다. 이 반대의견은 피해의 최소성 원칙을 아래와 같이 정확하게 정의한 다음, 입법대안이 심판대상조항만큼 입법목적을 달성할 수 없으므로 심판대상조항은 피해의 최소성 원칙을 만족시킨다고 판단한다.

피해의 최소성 원칙이라 함은, 입법자는 그가 의도하는 정당한 입법 목적을 달성하기 위하여 적합한 방법이 여러 가지가 있는 경우에는, 그 중에서 국민의 권리침해가 가장 작은 방법을 선택하여야 한다는 의미로 일반적으로 받아들여지고 있다.⁷⁹²⁾

‘완전 분화형 논증유형’ 결정은 여러 가지 형태로 나타난다. 우선 피해의 최소성 원칙 판단에서 입법대안을 명확히 제시한 후, 입법대안과 심판대상조항을 서로 비교하여 입법대안이 입법목적 달성을 위해 동일하게 적합한 대체수단인지를 판단하는 논증구조를 취하는 선례들이 있다.⁷⁹³⁾ 또한 완전 분화형 논증유형은 “입법목적을 달성하기 위하여 고려되는 유효한 수단 중에서 가장 국민의 기본권을 적게 침해하는 수단인가”라는 물음 아래 수행되기도 한다.⁷⁹⁴⁾ 때로는 피해의 최소성 원칙이 심판대상조항만큼 입법목적을 달성하면서도 기본권은 덜 제한하는 입법대안이 있는지를 심사하는 것이라는 법리를 명시적으로

792) 판례집 제3권, 202, 220-222.

793) 헌재 2003. 10. 30. 2001헌마700등, 판례집 15-2하, 137, 157. “동일하게 적합한 대체수단”이 있는지를 명시적으로 심사하여 동일하게 적합한 대체수단으로 볼 수 없다고 판단한 선례로 헌재 2013. 6. 27. 2011헌마315등, 판례집 25-1, 570, 578; 헌재 2016. 6. 30. 2015헌마813, 판례집 28-1하, 662, 671.

794) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 438; 헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67등, 판례집 15-2하, 41, 57 참조.

설시하지는 않으나, 심판대상조항과 입법대안의 공익 실현 정도와 기본권 제한 정도를 각각 비교하여 피해의 최소성 원칙 위반의 결론에 이르는 논증구조를 취하기도 한다.⁷⁹⁵⁾

‘완전 분화형 논증유형’의 정확한 피해의 최소성 원칙 판단은 “입법목적 달성에 똑같이 효율적인 수단 중에서 가장 기본권을 존중하고 적게 침해하는 수단을 사용해야 하며(피해의 최소성 원칙)”라는 설시를 하는 선례들에서 두드러진다. 이와 같이 피해의 최소성 원칙을 정확하게 실시한 다음 입법대안이 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 통과하는지를 제대로 검증하는 일련의 판례들이 있다.⁷⁹⁶⁾ 이렇게 한 결과 법익의 균형성 원칙 논증이 비교적 풍부한 선례도 있다.⁷⁹⁷⁾ 이와 같이 피해의 최소성 원칙을 정확하게 적용한 선례 중에는 피해의 최소성 원칙에 위반된다는 결론을 내린 후에 더 이상 법익의 균형성 원칙 판단으로 나아가지 않는 전형적인 수직적 과잉금지심사의 특징을 보이는 판례도 있다.⁷⁹⁸⁾ ‘완전 분화형 논증유형’ 선례 중에는 ‘대가 동일성 검증단계’를 명시적으로 판단하고, 법익의 균형성 원칙 논증도 충실하게 수행한 경우도 있다.⁷⁹⁹⁾

(3) 완전 분화형 논증유형의 장점

(가) 온전한 비교형량을 통한 설득력 있는 결론 도출

‘완전 분화형 논증유형’에 따라 피해의 최소성 원칙은 입법대안 검증의 용도로만 사용하고, 법익의 균형성 원칙은 비교형량의 용도로만 사용하면, 일부 형량요소에 대해 충분한 주의를 기울이지 않거나 이를 생략하는 것이 구조적으

795) 헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 819; 헌재 2005. 2. 24. 2003헌마289, 판례집 17-1, 261, 275(심판대상조항이 시행령인 사안임); 헌재 2005. 2. 3. 2003헌바1, 판례집 17-1, 70, 81; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236, 253 등.

796) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 553; 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 713; 헌재 2004. 1. 29. 2001헌바30, 판례집 16-1, 69, 81; 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마106, 판례집 15-2상, 516, 533; 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 948; 헌재 2003. 2. 27. 2002헌바4, 판례집 15-1, 205; 헌재 1997. 4. 24. 95헌마90, 판례집 9-1, 474, 484; 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 434; 헌재 2006. 1. 26. 2005헌바18, 판례집 18-1상, 1, 19

797) 헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81, 판례집 14-1, 528; 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788 등, 판례집 14-2, 219; 헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7; 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마684 등, 판례집 15-2하, 211

798) 헌재 1997. 4. 24. 95헌마90, 판례집 9-1, 474.

799) 헌재 2001. 5. 31. 99헌가18 등, 판례집 13-1, 1017. 과잉금지원칙 준수의 결론에 이른 결정이다.

로 어려워지고, 비교형량 요소들을 체계적으로 검토할 수 있게 되어 논증의 내용이 한층 풍부해질 수 있다. 이에 관해 Grimm은 다음과 같이 지적한다.

과잉금지심사는 척도가 분명하고 논리적이라는 점에서(disciplining and rationalizing effect) 합리성심사나 미국 연방대법원의 비교형량심사에 비해 훨씬 우수하다(significant advantage). 이러한 장점은 과잉금지원칙의 4단계 과정이 명확하게 분화되지 않으면 반감된다. 4단계 심사의 각 단계에는 독자적인 판단내용이 있다. (중략) 이와 같은 단계적 판단에 혼동이 오면, 판단요소들이 제멋대로 판단 과정에 개입하게 되어 더 자의적이면서도 예측가능성은 덜한 판단을 낳을 위험이 생긴다.⁸⁰⁰⁾

온전한 비교형량에 의한 투명성은 과잉금지원칙을 다른 법적 논증 도구보다 나은 것으로 만들어주는 핵심적인 이유이다. 법익의 균형성 원칙이 비교형량을 전담하면, 비교형량 과정을 남김없이 구체적으로 결정문에 드러내기가 쉬워진다. 비교형량의 한 쪽 저울에 오르는 것과 반대쪽 저울에 오르는 것을 분명히 구별하여 제시하고 비교형량의 결론을 구체적으로 제시하도록 한다면, 일부 형량요소를 과장하거나 생략하는 경우 쉽게 눈에 띄기 때문에 편향적인 이유 제시가 어려워진다. 과잉금지원칙의 핵심이 비교형량에 있는 만큼 이와 같이 비교형량을 제대로, 충실히, 솔직하게 할 수 있다는 장점은 결정적이다. 이는 올바른 결론에 이르는 안전한 길이 될 뿐만 아니라 이를 통해 결정의 신뢰도도 높일 수 있다.

(나) 헌법재판소의 권한 남용 방지

‘완전 분화형 논증유형’에 따라 ‘목적달성 동일성 검증단계’ 및 ‘대가 동일성 검증단계’를 제대로 판단하면 헌법재판권의 남용이 어려워진다.⁸⁰¹⁾ 설령 어떠한 입법대안이 심판대상조항보다 기본권을 적게 제한한다 하더라도 심판대상조항만큼 입법목적을 달성할 수 없거나 목적 달성을 위해 심판대상조항이 치르지 않는 대가를 치러야 하는 경우에는 심판대상조항은 피해의 최소성 원칙을 만족한다는 결론에 이르기 때문이다. 이를 통해 ‘입법자가 지켜야 할 최종적인 하한선을 설정한다’는 과잉금지원칙의 본래의 기능을⁸⁰²⁾ 유지할 수 있

800) Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, p. 397.

801) 피해의 최소성과 법익의 균형성 원칙을 엄격히 구별하고 효과의 비례성 부분에서 본격적인 비교형량을 하면 결정의 투명성을 얻을 수 있고, 이를 통해 헌법재판소가 과도한 사법적극주의에 빠지는 것도 억제할 수 있다는 견해로, Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 189.

다. 이 점에 관하여, Barak은 아래와 같이 주장한다.

우리는 피해의 최소성 원칙 심사 안에 피해의 최소성 원칙과 관련이 없는 것들을 끌어넣으려고 해서는 안 된다. 이러한 내용들은 통상 협의의 비례성 심사의 대상이 되어야 하는 것들이다. 법관들은 자기 자신에게 솔직해야만 한다. 법관들은 진실을 말해야만 한다. 이 경우 진실이란, 많은 사건에서 문제되는 기본권을 덜 제한하는 대안들이 분명히 있지만, 좀 더 깊이 조사해 보면 그 대안들은 심판대상조항이 달성하려는 목적을 완전히 달성하지 못하거나, 심판대상조항과 같은 정도로 입법 목적을 달성하려면 국가가 설정한 정책목표의 우선순위를 바꿔야 한다거나 다른 어떤 기본권을 추가로 제한해야 하는 경우라는 것을 법관이 알게 된다는 점이다. 그러한 경우 법관은 상정 가능한 입법대안이 입법 목적을 달성할 수 없으므로 심판대상조항은 피해의 최소성 원칙을 만족한다고 판단해야만 한다. 그런 다음 법관은 과잉금지 원칙 판단의 다음 단계인 협의의 비례성 원칙 심사로 나아가야만 하는 것이다.⁸⁰³⁾

위 지적 중 “법관들은 자기 자신에게 솔직해야만 한다”는 부분에 주목할 필요가 있다. ‘목적달성 동일성 검증단계’를 생략하면, 헌법재판소는 적당한 입법대안을 근거로 들어 심판대상조항이 피해의 최소성 원칙에 위반되어 위헌이라는 결론에 쉽게 이를 수 있다. 그러나 피해의 최소성 원칙은 물론이고, 과잉금지 원칙 전체는 심판대상조항이 기본권 보장의 관점에서 볼 때 입법자가 넘어서는 안 될 최하한에도 못 미치는지를 판단하는 원칙일 뿐이다. 위 인용 부분 중 법관의 진실성에 관하여 Barak은 각주에 법관의 양심에 관한 문헌들을 인용하였다. 이는 법률을 위헌으로 선언함으로써 스스로의 존재감과 가치를 확인받고 싶은 욕망을 이성적으로 통제해야 한다는 법관의 직업적 양심을 강조하는 취지로 보인다.

(다) 판단의 효율성 제고

피해의 최소성 원칙은 입법목적 달성 정도와 기본권 제한 정도 이외의 변수들은 모두 고정되어 있음을 전제로 하는 비교이다. 이를 전제로 하여 심판대상

802) Aileen Kavanagh 2009, *op. cit.*, p. 241; Mark Elliot, Robert Thomas 2014, *op. cit.*, p. 545.

803) Aharon Barak 2012, *op. cit.*, pp. 338, 339.

조항과 입법대안을 공익 달성 정도끼리 한번, 기본권 제한 정도끼리 한 번 비교하는 것이 피해의 최소성 원칙에서의 비교의 전부이다. 피해의 최소성 원칙에서는 공익끼리, 사익끼리 비교하기 때문에 공익과 사익이 정면으로 대면하여 비교 대상이 되는 법익의 균형성 원칙에서의 비교에 비해 판단이 훨씬 쉽다. 이러한 쉬운 판단만으로 심판대상조항이 위헌이라는 결론에 이를 수 있는 사안에서는 굳이 어려운 법익의 균형성 원칙 판단까지 나아갈 필요가 없다. ‘완전 분화형 논증유형’과 같이 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 엄격히 구별하고, 피해의 최소성 원칙 판단을 비교형량이 배제된 원래의 의미대로 수행하면, 법익의 균형성 원칙 부분에서 이루어지는 복잡하고 어려운 비교형량 없이 위헌 여부를 결정할 수 있는 가능성이 생기므로 판단의 효율성이 높아진다.

마. 논증유형3: 불완전 분화형 논증유형

(1) 의의

우리 헌법재판소의 결정례 중에는 과잉금지원칙의 하위 원칙을 단계적으로 판단하면서 피해의 최소성 원칙 판단과정에서 대립하는 가치들 사이의 우열에 관한 규범적 판단을 하는 논증방식을 취하는 결정들이 있다. 이러한 논증방식을 택한 결정들을 ‘불완전 분화형 논증유형’으로 분류하기로 한다.

불완전 분화형 논증유형에서의 규범적 판단을 Petersen은 ‘묵시적 형량(implicit balancing)’이라는 개념으로 설명한다.⁸⁰⁴⁾ Petersen에 따르면, 묵시적 형량은 (i) 피해의 최소성 원칙을 판단할 때, 심판대상조항과 입법대안을 비교함에 있어 불확실성이 있고 형량을 통해 그 불확실성을 제거했음에도 불구하고, 이를 결정문에 표시하지 않은 채 불확실성이 없는 것처럼 피해의 최소성 원칙 위반 부분을 실시하거나, (ii) 기본권 제한의 정도가 지나친지 아닌지라는 규범적 판단을 피해의 최소성 원칙 위반 여부의 판단 근거로 삼는 형태로 이루어진다. 예컨대, 입법대안에 의해서도 충분히 입법목적이 달성된다고 선언하나 그 근거를 결정문에 구체적으로 제시하지 않거나, 심판대상조항에 의해 기본권이 제한되는 정도가 심한지를 자세히 들여다보고 나서 제한 정도가 과도하다는 이유로 피해의 최소성 원칙 위반의 결론에 이르는 경우가 묵시적 형량

804) Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 130-132.

에 해당된다.

이하에서는 우선 ‘불완전 분화형 논증유형’에서 구체적으로 피해의 최소성 원칙을 어떻게 논증하는지, 법익의 균형성 원칙을 어떻게 논증하는지를 차례로 살핀다. 그런 다음, ‘불완전 분화형 논증유형’이 형성된 원인을 추적해보고, 끝으로 ‘불완전 분화형 논증유형’의 단점을 분석한다.

(2) 불완전 분화형 논증유형의 피해의 최소성 원칙 논증구조

(가) 목적달성 동일성 검증단계의 생략

‘불완전 분화형 논증유형’의 선례 중 의료인의 상업광고 금지에 관한 결정은 피해의 최소성 원칙의 일반론을 다음과 같이 실시한다.

상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 ‘피해의 최소성’ 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기 보다는 ‘입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다.⁸⁰⁵⁾

즉, 위 선례는 이 부분에서 피해의 최소성 원칙의 가능한 의미를 다음의 세 가지로 제시한다.

① 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지

② 입법목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 제한인지

③ 입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것인지

위 세 가지 피해의 최소성 원칙의 정의 중 입법대안과의 비교를 내용으로 하는 것은 ①, ②이다. ①에 포함된 “덜 제약적인”이라는 용어는 문법상 비교급에 해당되고, ②에 포함된 “최소한”이라는 용어는 문법상 최상급에 해당되므로, ①, ②와 같은 위헌심사척도를 적용하려면 입법대안과 심판대상조항을 비교해야만 한다. 반면, ③에는 입법대안과 심판대상조항과의 비교를 전제로 하는 용어가 포함되어 있지 않다. ③의 내용에는 입법목적과 제한되는 기본권 사이의 비교만이 포함되어 있다. 입법대안과 심판대상조항을 비교하지 않아도 ③과 같은 위헌심사척도를 준수하였는지 아닌지 여부는 판단할 수 있다. 필요한

805) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 198.

범위를 상정하고, 심판대상조항이 그 안에 들어오는지 여부만 살펴보면 되기 때문이다. 이러한 이유 때문에 ③은 ①, ②와는 다른 위헌심사척도이다. 형사소송에 비유하자면, ③은 ①, ②와는 다른 범죄구성요건이다.

위 선례는 ③을 피해의 최소성 원칙 판단 기준으로 정한 후 입법대안과의 비교를 소홀히 한다. 위 선례를 비롯하여, ‘불완전 분화형 논증유형’의 선례들은 특히, ‘목적달성 동일성 검증단계’를 제대로 수행하지 않는 경우가 많다.⁸⁰⁶⁾ ‘불완전 분화형 논증유형’의 선례들의 이러한 경향은 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 실시하지 않은 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95와 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 분명히 실시한 헌재 2000. 6. 1. 99헌마553을 병렬적으로 동시에 인용하면서, ‘목적달성 동일성 검증단계’가 없는 일반론을 실시하는 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가8 결정에서도⁸⁰⁷⁾ 잘 드러난다. 즉 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가8 결정은 ‘목적달성 동일성 검증단계’가 어떠한 의미나 중요성이 있는지 인지하지 못하였기 때문에, 이를 생략한 형태로 피해의 최소성 원칙 일반론을 실시하면서도, 그 근거로 ‘목적달성 동일성 검증단계’가 있는 선례와 없는 선례를 동시에 인용하였다.

또한, ‘불완전 분화형 논증유형’의 결정 중에는 ‘입법대안 존부 검증단계’, ‘목적달성 동일성 검증단계’, ‘대가 동일성 검증단계’를 모두 생략하고, ‘제한 완화 검증단계’만 살펴보는 판례들도 있다.⁸⁰⁸⁾ 그 극단적인 형태로 아무런 입법대안을 제시하지 않고 피해의 최소성 원칙을 논증하는 결정도 나타났다.⁸⁰⁹⁾ 그 결과 피해의 최소성 원칙은 ‘제한이 지나친 것인지 아닌지’의 의미로 쉽게 변질되고, 비교형량에 유사한 작업을 피해의 최소성 원칙 판단 부분에서 시도할 수 있는 토대가 마련되었고, 심판대상조항만큼 입법목적을 달성할 수 없는 입법대안을 근거로 위헌의 결론에 성급하게 이를 위험도 생기게 되었다.

806) 황치연, “과잉금지원칙 -헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 국세기본법 제35조 제1항 제3호의 위헌 심판-”, 헌법재판 주요선례연구1, 헌법재판소(2012), 제257쪽. 이러한 경향은 법률의 위헌 여부 심사는 물론이고 사회적으로 중요한 행정규칙에 관한 위헌심사였던 안마사에 관한 결정에서도 나타났다(헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715 등, 판례집 18-1하, 112).

807) 판례집 17-2, 577, 605, 606.

808) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 199-201; 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76, 헌재 2011. 8. 30. 2009헌마638 등.

809) 헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20 결정, 판례집 17-1, 294, 310, 311; 헌재 2012. 2. 23. 2010헌바99, 공보 제185호, 395, 397-398; 헌재 2016. 5. 26. 2014헌마45, 판례집 28-1하, 335, 347-348.

(나) 목적달성 동일성 여부에 관한 불확실성의 묵시적 제거

불완전 분화형 논증유형 선례 중에는 심판대상조항과 입법대안을 비교함에 있어 발생하는 불확실성을 대립하는 가치 사이의 묵시적 형량을 통해 제거하는 경우도 있다.⁸¹⁰⁾ 예컨대, 최근 선고된 낙태죄 관련 결정 중 재판관 3인의 단순위헌의견은 피해의 최소성 판단 부분에서 다음과 같이 판시한다.

태아가 덜 발달하고, 안전한 낙태 수술이 가능하며, 여성이 낙태 여부를 숙고하여 결정하기에 필요한 기간인 임신 제1삼분기에는 임신한 여성의 자기결정권을 최대한 존중하여 그가 자신의 존엄성과 자율성에 터 잡아 형성한 인생관·사회관을 바탕으로 자신이 처한 상황에 대하여 숙고한 뒤 낙태 여부를 스스로 결정할 수 있도록 하여야 한다. 이때 임신한 여성이 스스로 낙태의 의미, 과정, 결과 및 그 위험에 관한 정보를 충분히 수집할 수 있도록 하거나 이에 관한 상담을 받을 수 있는 기회를 제공하는 등의 방법으로써 임신한 여성의 자기결정권을 덜 제한하면서도, 그와 동등 또는 그 이상의 공익을 달성할 수 있다.⁸¹¹⁾

만약, 위 인용 부분에서 제시된 방법에 따라 임신 제1삼분기의 낙태를 허용하는 입법대안에 의할 경우에 낙태죄를 일률적으로 처벌하는 심판대상조항에 비해 낙태 건수가 한 건이라도 증가하여 한 명의 생명이라도 더 희생된다면, 위 입법대안이 태아의 생명권 보호라는 입법목적에 심판대상조항과 “동등 또는 그 이상”으로 달성한다고 단정짓기는 쉽지 않다. 그럼에도 불구하고 위 단순위헌의견이 위와 같은 결론에 이른 것은 공익 달성 정도의 동등 여부에 관한 불확실성을 태아의 생명과 임신한 여성의 자기결정권 사이의 형량을 통해 제거하였기 때문인 것으로 보인다. 하지만 이와 같은 불확실성 제거 과정이 이 부분 판단에 명시적으로 드러나지는 않는다.

(다) 형량

810) 이는 Petersen이 말하는 ‘묵시적 형량(implicit balancing)’의 첫 번째 유형과 유사하다(Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 130-132).

811) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 434, 435. 유사한 예로, 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 200, 201을 들 수 있다. 이 선례는 면밀한 이유 제시 없이 “이 사건 조항이 아니더라도 그 입법목적은 다른 규정들에 의하여 충분히 달성될 수 있다”고 결론짓는데, 이는 입법목적이 과연 “충분히” 달성될 수 있는지에 의문이 있더라도, 심판대상조항에 의한 긍정적인 효과와 부정적인 효과를 형량하는 것을 통해 이미 위헌의 결론으로 판단의 경향성을 정하였기 때문인 것으로 보인다.

‘불완전 분화형 논증유형’의 피해의 최소성 원칙 논증유형에서는 입법목적과 제한되는 기본권 사이의 형량이 이루어진다. 이는 합헌결정의 경우와 위헌결정의 경우 그 양상에 차이가 있다. 이하에서 차례로 살펴본다.

1) 합헌결정의 경우: 심판대상조항의 입법목적 달성 정도가 정당하다는 전제 하에서 이루어지는 형량

초창기 합헌결정인 현재 1995. 4. 20. 92헌바29 결정은⁸¹²⁾ 과잉금지원칙을 단계적으로 적용하면서 피해의 최소성 원칙 부분에서 입법대안의 존부 검증을 마친 후에 심판대상조항이 ‘공익달성에 필요한 최소한의 정도를 넘는 것인지’를 판단하는 구조를 취한다. 이 결정은 ‘불완전 분화형 논증유형’의 연원으로 볼 수 있다.⁸¹³⁾ 이 결정은 수단의 적합성 원칙과 피해의 최소성 원칙을 합쳐서 판단하였는데, 그 마지막 부분은 아래와 같다.

그러므로 위와 같은 인쇄물, 광고 등의 제작, 배부를 방임하는 경우에 초래될 피해의 방지를 위하여는 이를 전면적으로 금지하는 이외에 달리 효과적인 수단을 상정할 수가 없고, 결국 위 조항들이 택한 규제의 수단은 그 목적의 달성을 위하여 합리적인 필요성이 인정되는 범위 내의 것이라고 보지 아니할 수 없다.

나아가 그로 인하여 제한되는 자유의 범위도 예상되는 다양한 선거운동의 방법 중에서 특히 중대한 피해를 초래함으로써 선거의 자유와 공정을 해칠 우려가 크다고 인정되는 특정의 선거운동방법과 내용에 국한되는 것으로서 그것이 피해방지에 필요한 최소한의 정도를 넘는다고도 판단되지 아니한다.

결국 위 조항들은 기본권제한입법으로서 그 수단의 상당성과 피해의 최소성 원칙을 갖추었다.⁸¹⁴⁾

위 인용 부분을 분석함에 있어서는, 심판대상조항과 입법대안과의 비교를 첫 번째 단락에서 이미 마쳤음에도 불구하고, “나아가”라는 접속사를 사용하면서 두 번째 단락에서 새로운 내용을 판단한다는 점에 주목할 필요가 있다. 첫 번째 단락은 입법대안과의 비교를 내용으로 하는 전형적인 피해의 최소성 원칙 판단이다. 그러나 두 번째 단락은 입법대안과의 비교를 내용으로 하지 않는다.

812) 판례집 7-1, 499.

813) 강일신, 위의 논문(2019. 2.), 제196-199쪽.

814) 판례집 7-1, 499, 513.

심판대상조항에 의한 기본권 제한 정도가 입법목적 달성을 위해 필요한 최소한의 정도를 넘는지를 판단할 뿐이다. 두 번째 단락은 심판대상조항에 의한 입법목적 달성 정도를 고정시켜 놓고 그것을 달성하기 위해 치르는 대가인 기본권 제한 정도가 최소한의 정도를 넘지 않는지를 판단하는 내용이다.⁸¹⁵⁾ 이것은 입법대안과 무관한 것이므로 피해의 최소성 원칙의 내용에 포함되지 않는 것이다.

앞서 과잉금지원칙에 관한 이론적 분석에서 살펴보았듯이, 과잉금지원칙의 핵심인 비교형량은 심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적 달성 정도를 고정된 목표치로 놓아서 제대로 이루어질 수 없다. '심판대상조항에 의해 제한되는 기본권의 구체적인 가치'에 비추어 보아 심판대상조항만큼이나 많이 입법 목적을 달성하는 것이 지나친 것은 아닌지 의문을 제기할 수 있어야 제대로 된 비교형량이기 때문이다. 입법목적 달성 정도는 목적의 정당성 원칙에서 피해의 최소성 원칙에 이르기까지는 고정된 목표치(=상수)로 취급되나, 법익의 균형성 원칙에 이르러서는 어느 정도 포기해도 되는 변수가 된다. 요컨대 입법목적 달성 정도를 줄여도 되는 것으로 보는 것이 비교형량의 핵심이다. 따라서 위 인용 부분 두 번째 단락에서 실시한 것은 비교형량인 것처럼 보이지만 제대로 된 비교형량이 아니다.

두 번째 단락에서 이루어진 논증의 실질은 ① 심판대상조항에 의한 구체적인 기본권 제한의 정도 분석, ② 구체적인 기본권 제한 정도가 심판대상조항이 달성하는 입법목적의 정도에 비추어 과도한지 비교이다. 여기에서 주의하여야 할 것은 심판대상조항이 달성하는 입법목적이 과연 구체적으로 얼마나 가치가 있는 것인지에 대한 면밀한 분석 없이 ②의 비교가 이루어진다는 점이다. 이것은 불공정한 비교이다. 왜냐하면 이러한 비교는 심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 정도를 주어진 달성 목표치로 취급하므로, 심판대상조항의 입법목적 달성 정도가 정당하다는 가정이 아무런 논증 없이 은연중에 전제되기 때문이다.

2) 위헌결정의 경우: 심판대상조항이 달성하는 입법목적의 구체적 가치에 대해 면밀하게 분석하지 않고 이루어지는 형량

‘불완전 분화형 논증유형’에 의해 위헌의 결론에 이른 선험로 의료인의 상업

815) 강일신은 “기본권제한의 적정성을 이 단계에서 사실상 최종적으로 판단한” 것으로 평가한다 [강일신, 위의 논문(2019. 2.), 제198쪽].

광고 금지에 관한 결정이 있다.⁸¹⁶⁾ 이 사건의 심판대상조항은 의료인의 상업 광고를 금지하고⁸¹⁷⁾ 이에 위반할 경우 300만 원 이하의 벌금형에 처하는 내용이다. 앞서 살펴본 바와 같이 이 선례는 피해의 최소성 원칙을 입법대안과의 비교를 내용으로 하지 않는 논증구조인 “입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지”로 정의하고 피해의 최소성 원칙 위반 여부를 살펴보는데, 그 구체적인 내용은 크게 두 부분으로 이루어져 있다.

첫 부분은 ① 과장 없는 의료광고는 오히려 공익을 증진시키는 점, ② 상업적 정보를 충분히 보장하여 소비자의 합리적 결정을 돕는 것은 표현의 자유의 중요한 과제인 점, ③ 오늘날 소비자의 합리적 선택을 위해 의료정보의 원활한 유통이 더욱 필요하게 된 점, ④ 새로 의료인이 된 사람들의 공정한 경쟁을 보장할 필요가 있는 점, ⑤ 심판대상조항을 회피하기 위한 편법적 광고에 의해 심판대상조항의 취지와 의료경쟁질서가 훼손되고 있는 점, ⑥ 인터넷 확산으로 인하여 의료광고 단속의 실효성과 형평성에 심각한 문제가 생겼으므로, 의료업계의 자율적 규제에 의하는 것이 보다 효율적인 점을 차례로 제시한다.⁸¹⁸⁾

위 선례는 소비자(환자)의 보호, 공정거래의 확보, 의료행위의 숭고함의 유지를 심판대상조항의 공익으로 파악하는데,⁸¹⁹⁾ 위 ① 내지 ⑤는 심판대상조항이 위와 같은 입법목적을 충분히 달성하지 못하고 오히려 부정적인 효과를 발생시킨다는 점을 지적하는 내용일 뿐이다. 만약, 피해의 최소성 원칙이 심판대상조항이 입법 목적을 달성하는 최상의 방안인지를 여부를 검증하는 위헌심사척도라면, 위 ① 내지 ⑤와 같은 점들도 심판대상조항의 피해의 최소성 원칙 위반을 뒷받침하는 논거가 될 수 있다.⁸²⁰⁾ 그러나 피해의 최소성 원칙은 물론이고 사법부가 적용하는 과잉금지원칙 전체는 심판대상조항이 기본권 보장의 최하한에 못 미치는지를 검증하는 원칙일 뿐이다. 그러므로 위 ① 내지 ⑤와 같

816) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189.

817) 구 의료법(2002. 3. 30. 법률 제6686호로 개정되기 전의 것) 제46조 누구든지 특정의료기관이나 특정의료인의 기능·진료방법·조산방법이나 경력 또는 약효 등에 관하여 대중광고·암시적 기재·사진·유인물·방송·도안 등에 의하여 광고를 하지 못한다.

818) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 198-200.

819) *Ibid.*, 198, 199.

820) 위 선례가 심판대상조항은 피해의 최소성 위반으로 위헌이라는 결론에 이르면서도, 굳이 피해의 최소성 원칙을 “완화”한다고 실시한 이유도 입법 목적을 달성하기 위한 최상의 수단을 가려내는 원칙으로 피해의 최소성 원칙을 이해했기 때문인 것으로 보인다. 이러한 관점에 서면 피해의 최소성 원칙은 지나치게 강력한 심사척도가 되고, 그러한 이유 때문에 상업광고의 자유 사안에 서는 이를 완화할 필요가 있었던 것으로 보인다.

이 심판대상조항의 입법목적 달성 정도가 낮다는 것은 심판대상조항의 단점일 수는 있으나, 심판대상조항을 피해의 최소성 원칙 위반으로 만들 수 있는 논거가 되기는 어렵다. 피해의 최소성 원칙에서 심판대상조항이 달성하는 입법목적의 정도는 입법대안도 달성해야만 하는 기준이 될 뿐, 그 높고 낮음 자체는 판단의 대상이 아니기 때문이다.⁸²¹⁾

이 선례의 피해의 최소성 원칙 판단의 첫 부분에서 제시된 여섯 가지 논거들 중 ⑥에만 명시적인 입법대안이 제시되어 있다. 제시된 입법대안은 인터넷 광고에 관한 의료업계의 자율적 규제인데, 이에 관해서도 위 입법대안이 심판대상조항만큼 입법목적의 달성을 하는지 면밀히 검토되지는 않는다. 위와 같은 입법대안이 인터넷 광고에 한해서 심판대상조항보다 더 효율적인 규제가 가능하다는 점만 제시될 뿐이다. 결국 위 ① 내지 ⑥의 논증은 심판대상조항의 부정적 효과를 전반적으로 살펴보는 내용이다.

위 선례의 피해의 최소성 원칙 판단의 두 번째 부분은 현존하는 다른 규정들에 의해서도 입법목적이 달성될 수 있다는 내용으로 이루어져 있다.⁸²²⁾ 이 부분에서도 명시적인 입법대안은 제시되지 않지만, 일응 현존하는 다른 규정들을 입법대안으로 검토한 것으로 볼 수 있다. 하지만, 이 부분에서 제시하는 현존하는 다른 규정들은 광고를 허용하는 것을 전제로 하여 광고의 내용과 형식 등을 사후적으로 통제하는 장치들에 불과하다. 그럼에도 불구하고 이러한 사후적 통제장치들이 의료인의 상업광고를 사전적으로 전면 금지하는 심판대상조항만큼 입법목적의 달성을 하는지에 대해서는 면밀한 검토가 이루어지지 않는다. 오히려 피해의 최소성 원칙 판단의 두 번째 부분은 입법대안과의 비교보다는 심판대상조항에 의한 긍정적인 효과가 미미하다는 점을 강조하는 데에 초점이 맞추어져 있는 것으로 보인다. 이 부분 논증에서 눈여겨 보아야 할 점은 심판대상조항에 의한 긍정적인 효과를 적극적으로 검토하는 대신, 현존하는 다른 규정에 의해서도 입법목적이 달성된다는 방식의 소극적인 검토에 그친 점이다.

821) 즉, 이 사건 심판대상조항이 ① 내지 ⑤와 같은 단점들 때문에 공익을 실현하는 정도가 떨어진다고 하더라도, 피해의 최소성 원칙에서는 심판대상조항의 공익 실현 정도 자체를 주어진 목표치로 두고, 심판대상조항만큼 공익을 달성하면서도 심판대상조항보다 기본권은 적게 제한하는 입법대안이 있는지를 검증하는 것으로 족하다. 피해의 최소성에서 살펴보는 입법대안은 심판대상조항만큼 공익을 실현하면 충분할 뿐이므로, 설령 입법대안이 심판대상조항보다 공익을 더 많이 실현한다 하더라도, 그 이유만으로 심판대상조항이 피해의 최소성 원칙 위반이 되는 것은 아니다.

822) 현재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 200, 201.

즉, 위 선례가 다른 규정에 의해서도 달성된다고 판단한 심판대상조항의 입법 목적이 구체적으로 어떠한 가치가 있는지에 대해서는 충분한 논증이 이루어지지 않았다.⁸²³⁾

결국, 위 선례의 피해의 최소성 원칙 판단의 두 부분을 종합해 보면, 위 선례의 피해의 최소성 원칙 판단은 심판대상조항으로 인한 부정적 효과와 긍정적 효과를 차례로 살펴보는 구조로 되어 있다. 이는 비교형량에 유사한 논증이지만, 그 과정에서 심판대상조항이 달성하는 입법목적의 구체적인 가치에 대한 분석은 면밀하게 이루어지지 않는다.

3) 불완전 형량

앞서 살펴본 바와 같이 ‘불완전 분화형 논증유형’의 경우 합헌결정이든 위헌결정이든 비교형량에 유사한 판단이 피해의 최소성 원칙 부분에서 이루어지는 경우가 있다. 이 경우, 합헌결정에서는 심판대상조항의 입법목적 달성 정도를 정당하다고 가정한 상태에서 기본권 제한 정도의 심각성 판단이 이루어진다. 위헌결정에서는 심판대상조항의 단점이나 제한되는 기본권의 구체적 가치에 대해서는 면밀한 분석을 수행하는 반면, 심판대상조항이 달성하는 입법목적의 구체적 가치에 대해서는 상대적으로 소홀한 분석만 수행한 후 양자를 비교하는 방식으로 형량이 이루어진다.

양자 모두 형량 요소들 모두를 공정하게 검토하지 않는다. 특히 심판대상조항이 달성하는 입법목적의 가치에 대한 검토가 제대로 이루어지지 않는다. 합헌결정에서는 이것에 대해 제대로 의문을 제기하지 않고, 위헌결정에서는 이것의 구체적 가치에 대해 제대로 살펴보지 않는 경향이 있다. 이러한 비교는 공정한 형량이라고 하기 어렵다. 이러한 점을 감안하여, 이하에서는 ‘불완전 분화형 논증유형’에서 이루어지는 이와 같은 불공정한 비교를 ‘불완전 형량’이라 한다.

(라) 불완전 분화형 논증유형의 피해의 최소성 원칙 논증의 실질: 위

823) 심판대상조항의 입법목적의 구체적 가치는 예컨대, 심판대상조항에 의해 형사처벌되는 구체적인 사례들은 어떠한지, 그러한 사례들 중 소비자 보호, 공정거래, 의료행위의 숭고함을 특히 저해하는 사안들에는 어떠한 것들이 있는지, 처벌되는 유형이나 처벌건수의 증감 추세는 어떠한지, 의료인의 상업광고를 규제하는 외국의 입법례와 비교해 보았을 때 형량이나 처벌 범위에 어떠한 특징이 있고, 그러한 특징을 띠게 된 사회적, 문화적, 역사적 배경은 어떠한지, 의료인의 상업광고를 원칙적으로 허용한다면 위와 같은 사안들에 대한 규제는 어떠한 범위에서 얼마나 가능할 것인지 등을 조사하는 것을 통해 파악할 수 있다.

헌심사척도의 변경

‘불완전 분화형 논증유형’의 피해의 최소성 원칙 논증구조를 두고 과잉금지 원칙을 상황에 따라 유연하게 적용한 것이라고 평가할 수도 있다. 그러나 위헌 심사척도와 과잉금지원칙적용강도를 개념상 구별하면, 그와 같은 평가가 부정확한 것임을 알 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 피해의 최소성 원칙의 원형을 유지하는 ‘완전 분화형 논증유형’의 피해의 최소성 원칙은 입법대안을 상정하고 입법대안과 심판대상조항을 입법목적 달성 정도와 기본권 제한 정도의 측면에서 각각 한 번씩 비교하는 것을 내용으로 한다. 여기에는 심판대상조항의 입법목적과 심판대상에 의해 제한되는 기본권 사이의 형량이 포함되지 않는다. 반면, ‘불완전 분화형 논증유형’의 피해의 최소성 원칙은 목적달성 동일성 검증단계를 생략하거나, 목적달성 동일성 검증단계에서 발생하는 불확실성을 형량을 통해 묵시적으로 제거하거나, 불완전 형량을 하는 것을 내용으로 한다. 따라서 양자의 논증구조는 서로 다르다. 이러한 차이는 ‘불완전 분화형 논증유형’의 피해의 최소성 원칙 판단은 입법대안을 상정하지 않아도 가능한 경우가 많다는 점에서 분명히 드러난다. 피해의 최소성 원칙을 입법대안 없이 적용하는 논증구조는 입법대안과의 비교라는 피해의 최소성 원칙의 정체성을 상실한 논증구조이다.⁸²⁴⁾

앞서 살펴본 바와 같이, 과잉금지원칙적용강도는 위헌심사척도의 세부적인 논증구조는 그대로 유지한 채 그 적용과정에서 발생하는 불확실성으로 인한 판단불능 상황을 해소하기 위한 것이다. 따라서 원래의 의미의 피해의 최소성 원칙과 그 세부 논증구조가 다른 ‘불완전 분화형 논증유형’의 피해의 최소성 원칙 논증구조를 피해의 최소성 원칙의 적용강도를 완화한 것으로 보기는 어렵다. ‘불완전 분화형 논증유형’의 피해의 최소성 원칙 논증구조의 실질은 피해의 최소성 원칙이라는 위헌심사척도를 그것과 다른 별개의 위헌심사척도로 변경하는 것에 해당된다. 정영훈은 이 점을 다음과 같이 지적한다.

피해의 최소성 원칙 심사를 그 본래의 의미와 같이 동일한 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 있는지의 여부를 심사하지 않고, ‘입법

824) “필요성의 원칙은 그 개념상 목적 실현을 위한 하나 이상의 적합한 수단이 존재하지 않는다면 판단척도로 기능할 수 없다.”[황치연, 위의 책(1995), 73쪽], “입법대안을 찾을 수 없으면 최소 제약성은 충족된다.”[허완중, 위의 논문(2019), 제32쪽], “공익을 달성할 수 있는 수단이 여러 개 있는 경우에만 피해의 최소성 원칙은 논증 가능하다.”(Alan Brady 2012, *op. cit.*, p. 184)

목적은 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지'를 심사하거나 '입법목적은 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지'를 심사하는 (중략) 방법은 과잉금지원칙의 부분 원칙의 하나인 최소피해성의 본래의 의미와는 전혀 다른 것으로서 그것이 무엇을 의미하는지가 매우 불명확하고 다른 덜 제약적인 수단의 존재 여부에 관한 아무런 언급도 없이 당해 기본권 주체에게 되도록 피해가 적게 가도록 입법하였다는 점만을 나열하는 것으로는 논증의 설득력이 부족하기 때문에 결코 바람직한 논증이라고 할 수 없을 것이다.⁸²⁵⁾

(3) 불완전 분화형 논증유형에서의 법익의 균형성 원칙 논증구조

‘불완전 분화형 논증유형’의 경우 이미 피해의 최소성 원칙 판단에서 불완전 하나마 나름대로의 형량을 거치는 경우가 많다. 그에 따라 법익의 균형성 원칙 판단으로 오면 논증할 것이 거의 남아있지 않게 되어 ‘공익은 많고 사익은 적다’ 혹은 ‘공익은 적고 사익은 많다’는 선언을 하고 별다른 논증 없이 과잉금지원칙 적용을 종결하는 외에 별다른 논증을 할 수 없게 되는 경우가 많다.⁸²⁶⁾ 또한 구체적인 형량요소를 이미 피해의 최소성 원칙에서 검토했기 때문에, 법익의 균형성 원칙 판단에서는 형량요소를 제시한다 하더라도 추상적인 수준에 그친다. 예컨대, ‘불완전 분화형 논증유형’의 연원인 현재 1995. 4. 20. 92헌바29 결정의 법익의 균형성 원칙 판단은 다음과 같다.

무릇 선거운동을 어느 범위에서 허용하고 금지할 것인가는 각 나라가 처한 정치·사회·경제적 사정과 국민의식구조의 특성에 따라 달라질 것임이 분명하다. 그러나 우리나라의 경우는 과거 수차례 실시된 각종 선거에서 금력, 권력, 폭력, 학연, 지연, 혈연 등에 의한 부패와 탈법과 그에 따른 민의의 왜곡을 반복적으로 경험한 바 있으므로 이를 시정하는 것에 대한 국민적 열망은 다른 나라에 비할 바가 아니라고 할 것이다.

따라서 위 조항들에 의하여 보호되는 선거의 실질적 자유와 공정의 확보라는 공공의 이익은 위와 같은 국민적 열망을 담고 있는 것으로서 특히 높은 가치를 지니는 것이라고 할 것이므로, 이를 보호하기 위하여 특히 폐해가

825) 정영훈, 위의 책(2014), 제42, 44쪽

826) 대표적인 예로, 현재 2016. 6. 30. 2015헌마813, 판례집 28-1하, 662, 670.

심할 것으로 명백히 예상되는 일정범위의 선거운동방법만을 특정하여 일률적으로 금지하였다고 하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고는 볼 수 없어 비례의 원칙 내지 균형의 원칙에도 어긋나지 아니한다.⁸²⁷⁾

이 결정의 법익의 균형성 원칙 판단 부분에서 눈길을 끄는 것은 심판대상조항에 의한 구체적인 기본권 제한 정도가 어떠한지가 제시되지 않는 점이다. 또한 심판대상조항이 달성하는 공익이 중요한 이유를 법익의 균형성 원칙 판단의 첫 번째 단락에서 제시하나 이 역시 시설물 설치 금지, 탈법적 저술 금지라는 심판대상조항 자체에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치에 관한 것이 아니라, 선거운동방법 금지 일반이 달성하고자 하는 일반적이고 추상적인 입법목적일 뿐이다. 사정이 이와 같기 때문에 구체적인 입법목적 달성 정도와 구체적인 기본권 제한 정도 사이의 비교형량도 당연히 이루어지지 않는다. 결국 이 결정은 위와 같은 추상적인 비교를 근거로 “보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고는 볼 수 없”다는 결론에 이르는 데에 그친다. 이는 구체적 형량이라는 법익의 균형성 원칙의 결정적인 장점이 빠져 있는 논증구조이다.

(4) 불완전 분화형 논증유형의 형성 원인

‘완전 분화형 논증유형’이 과잉금지원칙의 장점을 제대로 살려낼 수 있음에도 불구하고, ‘불완전 분화형 논증유형’이 형성된 근본적인 이유는 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙의 개념을 구별하기가 어렵기 때문으로 보인다.⁸²⁸⁾ 이하에서는 ‘불완전 분화형 논증유형’이 형성된 구체적인 원인들을 차례로 살펴본다.

(가) 목적달성 동일성 검증단계를 분명히 실시하지 않은 리딩케이스

우리 헌법재판소의 과잉금지 위헌심사척도의 리딩케이스 역할을 하는 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95 결정은⁸²⁹⁾ 앞서 살펴본 바와 같이 피해의 최소성 원칙을 “입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적

827) 판례집 7-1, 499, 513, 514.

828) 이러한 어려움은 유럽인권재판소 판결에서도 찾아볼 수 있다[*Otto-Rreminger-Institute v Austria* (1994), Appl no 13470/87]. 이 판결의 논증구조에 대한 비판으로는 Matthias Klatt, Moritz Meister 2012, *op. cit.*, p. 157 참조.

829) 판례집 2, 245.

절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성 원칙)”이라고 정의한다.⁸³⁰⁾ 이러한 정의에는 ‘목적달성 동일성 검증단계’가 명확히 표현되어 있지 않다. 이 정의는 “보다 완화된 형태나 방법”만을 요구할 뿐, 입법대안에 대하여 심판대상조항과 같은 정도로 입법목적을 달성할 것을 요구하지 않는다.

이와 같이 헌법재판소의 과잉금지원칙의 리딩케이스에서의 피해의 최소성 원칙의 정의는 기본권 제한의 최소성에 강조점이 있고, 입법대안과의 비교나 입법대안이 심판대상조항만큼 입법목적을 달성해야 하는지에 관해서는 분명한 언급이 없다. 이러한 리딩케이스의 피해의 최소성 원칙 판시가 불완전 분화형 논증유형이 발생할 수 있는 토양이 될 수 있었던 것으로 보인다.

(나) 전면 금지를 내용으로 하는 법률의 특수성

입법목적을 달성하기 위한 수단으로 전면 금지를 택하는 법률의 경우에는, 입법목적 달성에 지장을 주지 않는 사안들을 골라내어 이들을 금지의 대상에서 빼 주는 입법대안을 상정할 수 있다. 이러한 경우에는 입법대안인 ‘예외적 허용 법률’과 심판대상조항 각각의 입법목적 달성 정도를 서로 비교하고, 기본권 제한 정도를 서로 비교하는 방식으로 피해의 최소성 원칙을 판단하면 된다.

그런데 우리 판례는 이와 같은 피해의 최소성 원칙 논증을 ‘입법목적 달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한’이라고 표현하는 경우가 있다. 예컨대, 전면적인 집회금지에 관한 사안인 헌재 2003. 10. 30. 200헌바67 결정의 피해의 최소성 원칙 판단의 결론 부분은 다음과 같다.

그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항은 전제된 위험상황이 구체적으로 존재하지 않는 경우에도 이를 함께 예외 없이 금지하고 있는데, 이는 입법목적을 달성하기에 필요한 조치의 범위를 넘는 과도한 제한인 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항은 최소침해의 원칙에 위반되어 집회의 자유를 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이다.⁸³¹⁾

“과도한 제한”이라는 표현만 언뜻 보면 피해의 최소성 원칙은 형량을 내용으로 하는 것처럼 보인다. 그러나 실제로 어떠한 논증과정을 거쳐 “입법목적을 달성하기에 필요한 조치의 범위를 넘는 과도한 제한인 것이다”라는 결론에 이

830) 판례집 2, 245, 260.

831) 판례집 15-2하, 41, 59.

르렀는지를 꼼꼼하게 뜯어보면, 입법목적 달성 정도와 기본권 제한 정도는 서로 직접 형량된 사실이 없음을 알 수 있다. 실제로 이루어진 논증과정은 입법목적 달성 정도를 고정된 변수로 삼아 전면 금지를 내용으로 하는 심판대상조항과 예외 허용을 내용으로 하는 입법대안을 입법목적 달성의 정도의 측면에서 한 번, 기본권 제한의 정도의 측면에서 한 번 비교한 것뿐이다.

전면 금지를 내용으로 하는 법률의 경우 심판대상조항과 같은 정도로 입법 목적을 달성하는 ‘예외적 허용 법률’을 입법대안으로 쉽게 상정할 수 있기 때문에, 입법대안이라는 표현을 명시적으로 쓰지 않더라도, 피해의 최소성 논증은 자연스럽게 예외적 허용이라는 입법대안과의 비교가 된다. 그 결과 ‘예외적 허용 법률’에 의하더라도 입법목적 달성에 아무런 문제가 없다는 식의 ‘목적달성 동일성 검증단계’ 논증이 이루어진다. 따라서 전면 금지를 내용으로 하는 법률의 경우, 피해의 최소성 원칙을 ‘입법목적 달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한인지 여부’와 같이 표현해도 피해의 최소성 원칙의 본래의 논증구조에서 이탈하지 않는다.

그러나 이를 심판대상조항이 전면적 금지를 내용으로 하는 경우 이외에까지 확장하면 문제가 생긴다. 즉, 전면적 금지 사안에서 ‘예외적 허용 법률’과 같이 심판대상조항과 입법목적 달성의 정도가 동일한 입법대안을 쉽게 상정하기 어려운 경우에도 피해의 최소성 원칙을 ‘입법목적 달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한인지 여부’라고 표현하면, 피해의 최소성 원칙은 입법대안과의 비교라는 본질에서 멀어지기 쉽다. 이러한 경우 피해의 최소성 원칙은 아무런 입법대안을 상정하지 않은 채 심판대상조항의 입법목적 달성 정도를 주어진 목표치로 놓고 심판대상조항에 의한 기본권 제한 정도가 너무 심하지 않은지를 살피는 ‘불완전 형량’으로 변형되기 쉽다. 이와 같이 전면적 금지를 내용으로 하는 법률 이외의 법률에 대해서도 피해의 최소성 원칙을 ‘입법목적 달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한인지 여부’라고 표현하고 적용한 것도 ‘불완전 분화형 논증유형’이 형성된 주된 이유 중 하나일 것으로 보인다.

(다) 미분화형 논증유형 결정의 부적절한 인용

1) 사례1: 직업의 자유 관련 선례

‘미분화형 논증유형’은 과잉금지원칙의 4가지 하위 원칙에 관해 단계적 판단 구조를 취하지 않는다. 따라서 이 유형의 선례에서 과잉금지원칙은 피해의 최

소성 원칙과 법익의 균형성 원칙이 합쳐진 형태로 실시되는 경우가 많다. 예컨대, 당구장에 ‘18세 미만 출입금지’ 표시를 붙이도록 한 행정규칙의 직업의 자유 침해 여부에 관한 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80 결정의 과잉금지원칙 일반론 실시는 다음과 같다.

직업선택의 자유에는 직업결정의 자유, 직업종사(직업수행)의 자유, 전직의 자유 등이 포함되지만 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사(직업수행)의 자유에 대하여서는 상대적으로 더욱 넓은 법률상의 규제가 가능하다고 할 것이고 따라서 다른 기본권의 경우와 마찬가지로 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 제한이 가하여질 수 있는 것은 물론이지만 그 제한의 방법은 법률로써만 가능하고 제한의 정도도 필요한 최소한도에 그쳐야 하는 것 또한 의문의 여지가 없이 자명한 것이다(헌법 제37조 제2항)⁸³²⁾

그 후 헌재 1995. 2. 23. 93헌가1 결정 역시 위 판결을 인용하면서, 위 법리를 “제한하는 목적의 상당성이 인정되어야 하고, 제한의 방법이 합리적이어야 함은 물론 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 안 되며”라고 표현하여 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 구별하지 않는다.⁸³³⁾

한편, 보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고에 관한 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2 결정은⁸³⁴⁾ 미분화형 논증유형이 아니다. 이 결정은 목적의 정당성 원칙, 수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙을 구별하고, 수단의 적합성 위반 여부를 자세히 논증하여 수단의 적합성 원칙 위반의 결론에 이른다. 그런데 헌재 1997. 3. 27. 94헌마196 등 결정은 위 판례들을 다음과 같이 인용한다.

헌법 제37조 제2항에 의하면 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 그 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 규정하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙을 천명하고 있다. 따라서 기본권제한입법은 입법목적의

832) 판례집 5-1, 365, 374.

833) 판례집 7-1, 130, 135.

834) 판례집 5-2, 578.

정당성 원칙과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 입법으로 인한 피해의 최소성 원칙, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공익과 침해되는 사익의 균형성을 모두 갖추어야 한다는 것이며, 이를 준수하지 않은 법률 내지 법률조항은 기본권제한의 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다(헌법재판소 1993. 12. 23. 선고, 93헌가2 결정 참조).⁸³⁵⁾

그리고 직업행사의 자유에 대하여는 직업선택의 자유와는 달리 공익목적을 위하여 상대적으로 폭넓은 입법적 규제가 가능한 것이지만, 그렇다고 하더라도 그 수단은 목적달성에 적절한 것이어야 하고 또한 필요한 정도를 넘는 지나친 것이어서는 아니된다(헌법재판소 1993. 5. 13. 선고, 92헌마80 결정 ; 1995. 2. 23. 선고, 93헌가1 결정).⁸³⁶⁾

위 인용 부분의 첫 단락은 과잉금지원칙을 4단계 하위 원칙으로 나누어 단계적으로 판단하는 내용이다. 그러나 두 번째 단락은 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 뭉뚱그려 “필요한 정도를 넘는 지나친 것이어서는 아니된다”고 표현하고 있다. 이는 ‘미분화형 논증유형’의 미분화 상태를 극복한 이후에도 ‘미분화형 논증유형’의 판례를 인용하면서 충분한 주의를 기울이지 않았기 때문으로 보인다.

이와 같이 논증구조가 서로 다른 과잉금지원칙 일반론을 병렬적으로 제시하는 것을 통해 피해의 최소성 원칙 부분에서 형량이 이루어질 수 있었던 것으로 보인다. 즉, 과잉금지원칙 판단 부분 목차에서는 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 구별하나, 과잉금지원칙 일반론 부분에서 양자를 합쳐서 서술하고, 피해의 최소성 원칙 판단 부분에서는 형량을 수행하는 것이다. 이러한 논증구조는 꾸준히 이어진다.⁸³⁷⁾

835) 판례집 9-1, 375, 383.

836) 판례집 9-1, 375, 383, 384.

837) 예컨대, 헌재 1997. 11. 27. 96헌바12, 판례집 9-2, 607, 625; 헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1 등, 판례집 16-1, 670, 685; 헌재 2009. 3. 26. 2007헌마988 등, 판례집 21-1상, 689, 701; 헌재 2009. 3. 26. 2008헌바63, 판례집 21-1상, 445, 452; 헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1345, 판례집 21-2상, 792, 801; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌바13 등, 판례집 23-1상, 53, 67; 헌재 2011. 6. 30. 2008헌마595, 판례집 23-1하, 418, 426; 헌재 2012. 6. 27. 2011헌마288, 판례집 24-1하, 773, 785; 헌재 2013. 5. 30. 2010헌마136, 판례집 25-1, 350, 361, 362; 헌재 2013. 9. 26. 2012헌마271, 판례집 25-2하, 68, 85; 헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2 등, 판례집 26-1상, 324, 333; 헌재 2014. 4. 24. 2011헌가29, 판례집 26-1상, 574, 582; 헌재 2015. 5. 28. 2013헌마799, 판례집 27-1하, 361, 371; 헌재 2015. 7. 30. 2013헌마536, 판례집 27-2상, 345, 351; 헌재 2018. 7. 26. 2016헌마431, 판례집 30-2, 112, 123.

2) 사례2: 기탁금 관련 선례

‘미분화형 논증유형’을 부주의하게 인용한 예는 기탁금에 관한 선례들에서도 유사한 패턴을 관찰할 수 있다. 현재 2010. 12. 28. 2010헌마79 결정은⁸³⁸⁾ 지방선거 예비후보자 등록시 기탁금에 관한 것인데, 피해의 최소성 원칙을 별도의 목차 아래 판단하면서 심판대상조항보다 덜 침해적인 입법대안을 상정할 수 있는지를 살펴보고 다음과 같이 결론 내린다.

이와 같이, 이 사건 법률조항과 같은 예비후보자에 대한 기탁금제도보다 덜 침해적인 다른 방법이 명백히 존재한다고 할 수 없으므로, 이하에서는 이 사건 법률조항이 규정한 기탁금의 액수와 국고귀속 요건이 적정한지에 관해서 살펴보기로 한다.⁸³⁹⁾

위 판시 부분 중 “기탁금의 액수와 국고귀속 요건이 적정한지”는 피해의 최소성 원칙의 내용이 아니라 법익의 균형성 원칙의 내용이다. 입법대안이 없다고 했으면 법익의 균형성 원칙 판단으로 넘어가야 함에도 불구하고 이 결정은 피해의 최소성 원칙 부분에서 계속하여 형량을 하겠다고 밝히고, 다음과 같이 판시한다.

기탁금액이 지나치게 과다하거나 기탁금 반환의 요건이 너무 엄격하여 당선 가능성이 있는 자로 하여금 예비후보자로 등록도 하지 못하게 한다면 경제적 능력이 부족한 자의 공무담임권 등이 침해될 수 있으므로, 기탁금액 및 그 반환 요건은 기탁금제도에 의하여 달성하려는 공익목적과 그로 인한 기본권 제한 사이에 균형과 조화를 이루도록 적정하게 책정되어야 하는 헌법적 한계가 있다{현재 2003. 8. 21. 2001헌마687·691(병합), 판례집 15-2, 214, 223 참조}.⁸⁴⁰⁾

위와 같은 판시 내용 중 “기탁금제도에 의하여 달성하려는 공익목적과 그로 인한 기본권 제한 사이에 균형과 조화를 이루도록 적정하게”라는 표현은 법익의 균형성 원칙 판단의 핵심인 비교형량에 다름 아니다. 위 결정은 이 부분 판시에서 현재 2003. 8. 21. 2001헌마687·691(병합) 결정을 인용하나, 위 2001헌마687·691(병합) 결정은 과잉금지원칙을 단계적으로 판단하지 않고 비교형

838) 판례집 22-2하, 820.

839) 판례집 22-2하, 820, 830.

840) *Ibid.*

량을 하는 내용이다. 즉, 2001헌마687·691(병합) 결정은 기탁금에 관한 최초의 결정인 헌재 1995. 5. 25. 92헌마269등 결정에서 채택한 이래 관련 사건에서 유지되어 오던 미분화형 논증유형을 유지한 결정이다. 그럼에도 불구하고 헌재 2010. 12. 28. 2010헌마79 결정은 과잉금지원칙을 명시적으로 4단계로 나누어 적용하면서 피해의 최소성 원칙 단계에서 위 선례를 인용하고 형량을 한다. 이와 같이 단계적 심사가 확립된 이후에도 미분화 상태의 과잉금지심사 일반론에 관한 선례를 인용하고 피해의 최소성 원칙 부분에서 형량을 수행함으로써 부지불식간에 형량이 피해의 최소성 원칙의 내용으로 자리 잡게 된 것으로 보인다.

(라) 미국 연방대법원 법리의 영향

불완전 분화형 논증유형 선례는 미국 연방대법원의 위헌심사척도인 “narrowly tailored” 법리나 “least restrictive means” 법리와⁸⁴¹⁾ 유사점이 있다. 특히 피해의 최소성 원칙 단계에서의 ‘불완전 형량’을 명시적으로 판시한 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3 결정은 다음과 같은 표현을 사용한다.

표현의 자유와 영업의 자유의 대상이 된 상업광고에 대한 규제가 입법목적의 달성에 필요한 한도 내에서 섬세하게 재단(裁斷)된 것이라 할 수 없다.⁸⁴²⁾

“재단(裁斷)”은 옷감을 치수에 따라 자르는 행위를 가리키는 말이다. 이 말이 법률용어로 쓰이는 것은 이례적이다. “섬세하게 재단된”이라는 표현은 “narrowly tailored”의 직역이다. 이를 고려하면 불완전 분화형 논증유형의 선례의 법리는 미국 연방대법원의 위헌심사척도의 영향도 어느 정도 받은 것으로 추측할 수 있다.

그러나 미국연방대법원의 위와 같은 위헌심사척도는 과잉금지원칙의 대안으로 논의되는 이른바 ‘범주적 논증’에 기반을 둔 것인데, 이는 기본권 제한의 정당화에 대한 접근방식이 과잉금지원칙과 다르다. “narrowly tailored” 법리로 비교형량을 대체할 경우 심판대상조항의 입법목적에 주어진 목표치로 보는 불완전 형량으로 귀결될 위험이 있다. 또한 “least restrictive means” 법리는

841) 예컨대 *Frisby v. Schultz*, 487 US 474, 486-488 (1988); *Sable Communications v. FCC*, 492 U.S. 115, 126 (1989)

842) 판례집 17-2, 189, 199.

그 적용과정에서 목적 달성동일 검증단계를 제대로 판단하지 않을 위험이 있다.⁸⁴³⁾

(5) 불완전 분화형 논증유형의 단점

(가) 목적달성 동일성 검증단계 생략에 따른 성급한 위헌 결론 도출

피해의 최소성 원칙은 심판대상조항이 달성하는 입법목적과 같은 정도로 목적을 달성하는 여러 가지 방법들이 있는 경우에, 심판대상조항이 그 중 기본권을 가장 적게 제한하는 방법임을 요구하는 것이지, 입법목적과 기본권 제한정도를 전체적으로 비교하여 심판대상조항이 최상의 방법일 것을 요구하는 것은 아니다.⁸⁴⁴⁾ 그럼에도 불구하고 불완전 분화형 논증유형에 따를 경우, ‘목적달성 동일성 검증단계’를 생략하거나 제대로 판단하지 않음으로써 심판대상조항과 같은 정도로 입법목적을 달성할 수 없는 입법대안을 근거로 위헌의 결론으로 성급하게 빠져나가는 위험이 생긴다.⁸⁴⁵⁾ 즉, ‘목적달성 동일성 검증단계’를 생략하면 피해의 최소성 원칙은 입법자에게 최상의 방법을 입법하도록 요구하는 강력한 위헌심사적도가 되어, 결국 입법자에게 적절한 권한을 인정할 수 없게 될 위험이 있다.⁸⁴⁶⁾

특히 피해의 최소성 원칙 부분에서 기본권 제한 정도가 과하다는 점을 자세히 살펴보는 것과 같이 비교형량에 유사한 분석을 하면 정작 피해의 최소성 원칙 판단의 중심이 되어야 할 입법대안의 ‘목적달성 동일성 검증단계’ 충족 여부는 논증의 부수적인 부분으로 밀려나게 된다. 그 결과 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 제대로 검토하지 않아도 결정문상 별로 표시가 나지 않는다.

이러한 예로 현재 2015. 11. 26. 2012헌마940 결정을⁸⁴⁷⁾ 들 수 있다. 이

843) Aharon Barak 2012, *op. cit.*, p. 411.

844) Robert Alexy 2002, *op. cit.*, p. 395; Mark Elliot, Robert Thomas 2014, *op. cit.*, p. 545. Brady도 과잉금지원칙은 ‘입법자가 택한 특정한 수단이 기본권을 지나치게 제한하는지’를 묻는 것이므로 사법부가 입법자가 택한 수단의 내재적인 합리성을 검토하는 것이 아니라고 주장한다. ‘주어진 사회문제를 해결하는 방법이 무엇인지?’를 묻는 것은 입법자에게 주어지는 질문일 뿐이다. 즉 입법자에게 1차 질문이 주어지면, 입법자가 그 질문에 답을 하고, 과잉금지원칙심사를 하는 사법부는 입법자가 위 질문에 대해 내린 답을 심판대상으로 하여 자신에게 주어진 2차 질문, 즉, 입법자가 내린 답의 기본권 제한 정도가 적절한지에 대해서만 답할 뿐이다(Alan Brady 2012, *op. cit.*, pp. 11-12).

845) 재판관이 위헌의 결론을 원하면 똑같이 동일한 정도로 목적을 달성할 수 없는 대안을 제시하면서 피해의 최소성 원칙 위반이라고 선언하는 경향이 있다는 비판으로, Guy Davidov 2000, *op. cit.*, pp. 200, 201.

846) Aharon Barak 2012, *op. cit.*, pp. 411, 412.

사건은 인수자가 없는 시체에 대해 의과대학의 장이 의학의 교육 또는 연구를 위하여 시체를 제공할 것을 요청 때에는 특별한 사유가 없으면 시체를 제공하도록 한 법률조항이 자기결정권을 침해하는지 여부에 관한 것이다. 이 판결은 “사인(死因)의 조사와 병리학적·해부학적 연구의 기초가 되는 해부용 시체의 공급을 원활하게 하여, 국민 보건을 향상시키고 의학의 교육 및 연구에 기여하기 위한 것으로서, 그 목적의 정당성 원칙 및 수단의 적합성 원칙은 인정된다.”⁸⁴⁸⁾ 판단한 다음 피해의 최소성 원칙 판단으로 나아간다.

이 판결은 피해의 최소성 원칙 부분에서, ① 이 사건 법률조항에 의해 해부용으로 제공되는 시체가 거의 없는 점, ② 해부용 시체는 이 사건 법률조항이 아니라 시신기증에 의해 이루어지고 있는 점, ③ 장기이식법은 본인의 동의가 있어야만 장기 등의 이식이나 채취가 가능하도록 규정되어 있는 점을 열거한다. 이 중 ①, ②는 심판대상조항에 의한 공익 달성 정도가 적다는 의미이고, ③은 심판대상조항에 의한 기본권 제한 정도가 장기 이식과 비교할 때 크다는 의미이다. 그런 다음, 이 결정은 아래와 같이 피해의 최소성 원칙 위반 여부의 결론을 내린다.

이상의 사정들을 종합하면 보면, 본인의 시체가 해부용으로 제공되는 것에 대해 반대하는 의사표시를 명시적으로 할 수 있는 절차를 마련하여 본인이 반대하면 그의 시체를 해부용으로 제공할 수 없도록 하든지, 또는 아예 인수자가 없는 시체를 해부용으로 제공하는 것을 금지하는 등, 이 사건 법률조항은 그 입법목적 달성을 위하여 청구인의 기본권을 침해하지 않는 다른 방안이 있음에도 인수자가 없는 시체를 생전의 본인의 의사와는 무관하게 해부용으로 제공할 수 있도록 규정하고 있는바, 이는 피해의 최소성 원칙에 위반된다.⁸⁴⁹⁾

여기에서 제시되는 입법대안은 두 가지이다. 첫째는 본인의 시체가 해부용으로 제공되는 것에 대해 반대하는 의사표시를 명시적으로 하는 절차를 마련하는 것이고 둘째는 인수자가 없는 시체를 해부용으로 제공하는 것을 금지하는 것이다. 이 두 가지 입법대안이 ‘목적달성 동일성 검증단계’와 ‘대가 동일성 검증단계’를 만족시키는지에 관한 판단은 생략되어 있다. 이 판결에서 제시한 어

847) 판례집 27-2하, 335.

848) 판례집 27-2하, 335, 341.

849) 판례집 27-2하, 335, 342.

는 입법대안에 의하더라도 심판대상조항의 입법목적인 해부용 시체 공급의 원
활도는 저하될 가능성이 크다. 즉, 입법대안들은 모두 심판대상조항만큼 입법
목적 달성을 어렵다. 그럼에도 불구하고 입법대안들의 입법목적 달성 정도
에 대한 상세한 검토 없이 그러한 입법대안들이 존재한다는 이유를 들어 심판
대상조항이 피해의 최소성 원칙에 위반된다고 결론내리는 것은 성급한 측면이
있다.⁸⁵⁰⁾

(나) 비교형량의 회피

‘불완전 분화형 논증유형’은 피해의 최소성 부분에서 심판대상조항과 입법대
안과의 비교를 하는 대신 심판대상조항에 의한 기본권 제한 정도가 심한지 아
닌지를 논증하는 경우가 많다. 이렇게 하면, ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입
법목적의 구체적인 가치’에 대한 면밀한 검토 없이, 심판대상조항에 의한 기본
권 제한 정도를 완화시키는 법률이나 부수적인 사정들이 존재한다는 점을 들
어 기본권 제한 정도가 심하지 않으므로 피해의 최소성 원칙 위반이 아니라는
결론에 이르는 것이 가능하게 된다. 이러한 논증은 피해의 최소성 원칙이라고
이름이 붙어 있더라도, 그 실질은 ‘불완전 형량’이다.

물론 어떠한 형태로든 형량을 하기만 하면 되는 것이므로, 피해의 최소성 원
칙 판단에서 ‘불완전 형량’을 해도 문제될 것이 없다는 반론이 가능하다. 그러
나 이러한 반론은 과잉금지원칙의 핵심에 해당되는 매우 중요한 점을 놓치고
있다. 피해의 최소성 원칙에서 이루어지는 ‘불완전 형량’은 다음의 두 가지 질
문의 차이를 은폐하기 때문에 위험하다.

**[질문 1] 입법목적 달성을 위해 이 정도로 기본권을 제한하는 것은 지나치지
않은가?**

**[질문 2] 기본권 제한 정도에 비추어 볼 때 입법목적은 그렇게나 많이 달성하
는 것은 지나치지 않은가?**

[질문 1]은 ‘불완전 분화형 논증유형’의 피해의 최소성 원칙 부분에서 이루
어지는 ‘불완전 형량’을 질문 형태로 바꾼 것이다. 이렇게만 물어도 비교형량
을 한 것처럼 보인다. 이렇게만 검토하여도 기본권 제한 정도에 대해 면밀하게

850) 물론 법익의 균형성 원칙에서 비교형량을 한 결과도 위헌일 수 있지만, 충분하고 온전한 비교
형량을 통해 위헌의 결론에 이르는 것과 피해의 최소성 원칙에서 불완전 형량을 통해 위헌의 결
론에 이르는 것은 논증의 질과 판결의 설득력에 있어 현저한 차이가 있다.

검토하는 것처럼 보인다. 그러나 이 질문은 목적달성의 정도에 대해 제대로 묻지 않는다. [질문 1]처럼 물으면, 목적 달성의 정도를 수단의 적합성 원칙 판단에서와 마찬가지로 주어진 목표치로 취급하기 쉽다. 입법목적의 달성 정도에 대해서 제대로 검토하지 않고도 [질문 1]에는 답할 수 있다. 그러나 이것은 공정한 비교형량이 아니다.

제대로 된 비교형량은 [질문 2]와 같이 물어야만 가능하다. [질문 2]에 답하려면, 먼저 입법목적의 달성 정도와 기본권의 제한 정도를 구체적으로 살펴 보아야 한다. 그런 다음 이 정도의 기본권 제한이라는 희생을 치르면서까지 그 만큼의 입법목적의 달성할 필요가 있는지를 비교해야 한다. 이와 같은 두 가지 단계를 거쳐야만 [질문 2]에 답할 수 있다.

법익의 균형성 원칙에 관한 일반이론에서 살펴본 바와 같이 법익의 균형성 원칙에서 이루어지는 비교형량이란 쉽게 말해 기회비용의 비교이다. 이것은 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 기본권의 구체적인 가치’ 각각을 따진 다음, 양자가 모두 변동 가능하다는 전제 하에 기본권 보호를 위해 더 나은 균형점이 있는지를 묻는 것이다. 따라서 제대로 된 비교형량을 하려면 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’가 줄어들어도 된다고 가정해야만 한다. 그러한 가정 하에 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’가 줄어드는 정도와 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 기본권의 구체적인 가치’가 늘어나는 정도를 비교하여야 심판대상조항에 의한 기본권 제한 상태가 헌법상 용인되는지 아닌지를 제대로 비교할 수 있다. 이러한 비교는 캐나다 연방대법원의 경우, *Oakes* 심사 중 효과의 비례성 판단 단계에서 심판대상조항의 긍정적 효과와 부정적 효과를 각각 나누어 분석한 다음 비교하는 형태로 발현된다.

피해의 최소성 원칙 단계에서 [질문 1]과 같이 묻고 심판대상조항에 의한 기본권 제한 정도를 구체적으로 분석하고 나면, 법익의 균형성 원칙 단계에서는 별로 논증할 것이 남아 있지 않은 것 같은 착각에 빠지기 쉽다. 이러한 착각은 피해의 최소성 원칙 단계에서 기본권 제한 정도를 면밀히 분석하면 할수록 더 커질 수 있다. 그 결과 법익의 균형성 원칙 단계에서는 입법목적의 추상적인 중요성을 적어 주고, ‘앞서 살펴본 바와 같이’라는 인용구를 사용하여 피해의 최소성 원칙 단계에서 분석한 구체적인 기본권 제한 정도를 인용한 다음 어느 한 쪽이 ‘결코 작다고 할 수 없다’라고 단언하는 논증구조로 이어지기 쉽

다.

이러한 법익의 균형성 원칙 논증에는 ‘입법목적 달성 정도 자체에 대한 문제 제기’라는 법익의 균형성 원칙의 핵심이 빠져 있다. ‘불완전 분화형 논증유형’의 법익의 균형성 원칙 논증에는 구체적 사실관계에 대한 면밀한 분석에 더하여 풍부한 사회학적 논의, 법학적 논의, 역사와 철학적 논의를 바탕으로 살펴볼 때 심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 정도가 구체적으로 얼마나 가치 있는 것인지에 대한 내용이 생략되기 쉽다. 따라서 기본권을 구체적으로 이 정도로 제한하면서까지 입법 목적을 그렇게나 많이 달성할 필요가 있는 것인지 여부에 관한 판단이 생략되기 쉽다.

이러한 맹점 때문에, ‘불완전 분화형 논증유형’ 선례들의 경우, 과잉금지원칙의 핵심인 비교형량은 피해의 최소성 원칙 단계에서도 법익의 균형성 원칙 단계에서도 제대로 이루어지지 않는 경우가 많다. 이것은 비교형량을 회피할 통로를 열어 주는 것에 다름 아니다.

(다) 비교형량 소홀에 따른 성급한 합헌 결론 도출

형량이 포함된 피해의 최소성 논증유형에 따를 경우 목적의 정당성 원칙에서부터 법익의 균형성 원칙에 이르기까지 심판대상조항의 입법목적 달성 정도를 주어진 것으로 봄으로써 형량을 소홀하게 할 위험이 생긴다. 이에 따라 제대로 된 비교형량 없이 합헌의 결론으로 쉽게 나아갈 수 있다. 이러한 논증구조를 2015. 12. 23. 2013헌가9 결정을⁸⁵¹⁾ 통해 자세히 살펴본다.

1) 2015. 12. 23. 2013헌가9 결정의 합헌의견

이 결정의 법정의견은 심판대상조항들⁸⁵²⁾ 중 ‘성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자로서 재범의 위험성이 인정되는 19세 이상의 사람에 대해 검사가 약물치료명령을 청구할 수 있도록 한 성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률 제4조 제1항’ 부분에 대해서는 합헌의 결론에 이르렀다. 그 이유 중 피해의

851) 판례집 27-2하, 391.

852) 이 사건의 심판대상조항들은 성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자로서 재범의 위험성이 인정되는 19세 이상의 사람에 대해 검사가 법원에 치료명령을 청구할 수 있도록 한 ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’(2012. 12. 18. 법률 제11557호로 개정된 것) 제4조 제1항 및 검사의 청구에 따라 법원이 15년의 범위에서 치료기간을 정하여 약물치료명령을 할 수 있도록 한 ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’(2010. 7. 23. 법률 제10371호로 제정된 것) 제8조 제1항의 두 가지이다. 이 사건에서 헌법재판소는 전자에 대해서는 합헌의 결론에, 후자에 대해서는 헌법불합치의 결론에 이르렀다.

최소성 원칙 부분은 두괄식으로 작성되었는데, 그 시작은 다음과 같다.

심판대상조항들에 의한 성충동 약물치료의 청구 및 명령은 의학적인 판단에 기초하여, 치료가 필요하고 치료 효과가 기대되는 집단에 대하여 목적 달성에 필요한 범위 내에서 제한적으로 이루어지고 있다.⁸⁵³⁾

우선 이 설시에는 입법대안에 대한 언급이 없다. 이는 전형적인 ‘불완전 형량’의 설시이다. 여기에서 주목할 부분은 “목적 달성에 필요한 범위 내에서”라는 부분이다. 위헌심사척도를 이렇게 정하면, 목적 달성을 얼마나 하여야 하는지에 대해서는 본격적으로 물을 수 없다. 위와 같은 두괄식 결론에 대한 근거로 이 판결은 ① 피치료자의 범위가 제한되어 있는 점, ② 의학적 치료의 필요성에 관한 전문가의 판단을 거쳐 치료명령이 이루어지는 점, ③ 성충동 약물치료는 성도착증의 특수한 병리적 요인에 대한 치료적 성격이 있고, 기간이 제한되어 있으며, 약물에 의한 남성호르몬 생성 및 작용 억제가 치료기간에 한정되는 점을 제시한다. 이 세 가지 근거 중 어느 하나도 성폭력 재범 억제 효과 등 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’에 관한 것이 아니다.

사정이 이러하기 때문에, 합헌의견에서는 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 기본권의 구체적인 가치’ 사이의 비교도 이루어지지 않았다. 합헌의견은 기본권 제한의 정도만을 구체적으로 살펴본 다음, 기본권 제한이 “목적 달성에 필요한 범위 내에서 제한적으로 이루어지고 있다.”는 결론에 이른다. 이것은 심판대상조항의 목적 달성 정도를 꼭 달성해야만 하는 고정된 목표로 상정하는 논리 구조이다. 따라서 이러한 논증은 비교형량의 외관을 띠지만 공정한 비교형량으로 보기 어렵다.

합헌의견은 이어 각종 입법대안을 검토하고 나서 입법대안들은 심판대상조항만큼 입법목적의 달성을 할 수 없다고 결론 내린 다음, 다음과 같이 심판대상조항 중 합헌인 부분에 관한 피해의 최소성 원칙 판단을 마무리 한다.

위와 같은 사정들을 종합하여 보면, 심판대상조항들에 의한 성충동 약물치료제도 자체는 목적 달성을 위하여 불필요한 제한을 가하고 있다거나, 목적 달성을 위한 덜 침해적인 대체수단이 있음에도 이를 채택하지 아니한 것이라고 보기 어려우므로 원칙적으로 피해의 최소성 원칙을 인정할 수 있

853) 판례집 27-2하, 391, 404.

다.⁸⁵⁴⁾

이와 같이 합헌의견은 피해의 최소성 원칙의 의미를 명시적으로 두 가지로 파악한다. 첫째는 ‘심판대상조항이 목적 달성을 위하여 불필요한 제한을 가하고 있는지’이고, 둘째는 ‘목적 달성을 위한 덜 침해적인 대체수단이 있는지’이다. 전자는 ‘불완전 분화형 논증유형’의 연원으로 앞서 살펴본 현재 1995. 4. 20. 92헌바29 결정에서부터⁸⁵⁵⁾ 나타난 ‘불완전 형량’이다. ‘불완전 형량’은 입법대안과의 비교와 무관하므로, 이론적인 관점에서 볼 때 피해의 최소성 원칙의 내용이 되어서는 곤란하다.

이어 합헌의견은 법익의 균형성 원칙에서 다음과 같은 판단을 한다.

심판대상조항들은 앞서 본 바와 같이 특정한 성적 성벽 등을 가진 성폭력 범죄자의 재범을 억제하는 매우 효과적인 수단이어서 상당한 수의 성폭력범죄자의 재범을 실질적으로 억제하고 사회방위에 기여할 것으로 예상되는바, 심판대상조항들에 의하여 달성되는 공익은 현재 우리 사회에서 상당히 중요한 것으로 평가될 수 있다.⁸⁵⁶⁾

치료명령을 청구, 선고받아 성충동 약물치료를 받게 되는 피치료자가 심판대상조항들로 인하여 받는 불이익이 결코 작지 않다는 점은 명백하나, 성충동 약물치료는 전적으로 타인이나 사회를 위한 것만이 아니라 대상자 자신을 위한 치료이기도 하다. 또한 성충동 약물치료에 의하여 제한된 남성호르몬의 생성 및 작용은 치료 종료 후 수개월 이내에 본래와 같이 회복이 가능하고, 현재 성충동 약물치료에 사용되는 약물은 법무부고시에 의하여 지정된 약물 가운데 부작용이 가장 적다고 알려진 류프롤리드 아세테이트로서, 대표적인 부작용은 골밀도 감소이나, 앞서 본 바와 같이 부작용 검사와 그에 대한 치료, 부작용이 큰 경우의 약물치료 중단 등의 대책이 마련되어 있다. 이를 감안하면, 피치료자의 사익의 제한이 달성되는 공익과 비교하여 현저히 균형을 잃은 것이라 보기는 어렵다.⁸⁵⁷⁾

합헌의견은 법익의 균형성 원칙 판단 단계에 이르러서도 심판대상조항의 ‘심

854) 판례집 27-2하, 391, 407.

855) 판례집 7-1, 499.

856) 판례집 27-2하, 391, 408, 409.

857) 판례집 27-2하, 391, 409.

판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치'에 관해 면밀한 분석을 하지 않는다. 합헌의견은 “심판대상조항들은 앞서 본 바와 같이 특정한 성적 성벽을 등을 가진 성폭력범죄자의 재범을 억제하는 매우 효과적인 수단이어서”라고 앞서의 분석을 인용할 뿐이다.

합헌의견이 인용하는 앞서의 분석 부분은 심판대상조항이 입법목적 달성에 기여하는지 여부에 관한 수단의 적합성 원칙 판단 부분을 가리킨다. 그런데 수단의 적합성 원칙 판단은 수단-목적 사이의 조건적 인과관계 유무만을 검증하기 때문에, 심판대상조항이 입법목적 달성에 얼마나 많이 기여하는지는 판단의 초점이 아니다. 그 논리적 귀결로 합헌의견은 수단의 적합성 원칙 판단 부분에서 성도착증 환자의 정신적 특성과 남성 호르몬 생성 및 작용 억제라는 성충동 약물치료제의 기능에 대해 살펴본 다음 아래와 같이 결론짓는 내용에 그친다.

따라서 성충동 약물치료는 성도착증 환자의 성폭력범죄 재범을 방지한다고 볼 수 있고, 이는 외국의 여러 연구결과들에 의하여도 일정 부분 입증되었으므로, 심판대상조항들은 입법목적 달성을 위한 적합하고도 효과적인 수단을 규정하고 있다고 할 수 있다.⁸⁵⁸⁾

위와 같은 판단 내용 중에 심판대상조항이 입법목적달성에 “매우 효과적인 수단”이라는 내용은 없다. 그저 효과가 있다는 것이고 그나마 완전한 입증도 아닌 일정 부분 입증되었다는 판단에 그친다. 법익의 균형성 판단에 있어 “매우” 효과적이지, 단순히 효과가 있는지는 형량의 추를 기울이게 하는 결정적인 요소가 될 수 있음에도 불구하고, 그에 관한 면밀한 분석은 앞서의 분석에서도 법익의 균형성 단계에서의 분석에서도 이루어지지 않는다. 나아가 입법목적을 심판대상조항이 의도하는 만큼이나 많이 달성할 필요가 있는지에 대한 질문도 제기되지 않는다. 반면, 피해의 최소성 원칙 부분에서 자세히 살펴본 기본권 제한의 정도가 법익의 균형성 원칙 부분에서 다른 각도에서 다시 한 번 상세히 검토된다.

그 결과 이 판결의 합헌의견의 법익의 균형성 논증에서는 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 기본권의 구체적인 가치’ 사이의 온전한 비교형량이 이루어지지 않는다. 합헌

858) 판례집 27-2하, 391, 403.

의견은 심판대상조항에 의한 입법목적 달성 정도를 주어진 목표로 인정한 전제 하에 심판대상조항에 의한 기본권 제한 정도를 완화할 장치들이 있다는 것을 살펴보는 것에 그친다.

2) 2015. 12. 23. 2013헌가9 결정의 위헌의견

이와 대조적으로 이 결정 중 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 안창호의 반대의견은 아래와 같이 법익의 균형성 원칙 부분에서 심판대상조항에 의한 구체적 공익달성정도를 살펴본다.

앞서 수단의 적절성과 관련하여 살핀 것과 같이, 성충동 약물치료의 효과에는 의문이 있으며, 약물치료에 의한 성기능의 저하나 무력화를 통하여 성폭력범죄의 재범을 일정 부분 억제할 수 있다고 하더라도, 성충동 약물치료에 의한 남성호르몬의 생성 및 작용 억제는 약물 투여를 중단하는 경우 치료 전과 같은 상태로 회복되는 점, 성충동 약물치료 자체는 성도착증에 대한 근본적 치유책은 아닌 점에서, 위와 같은 재범 억제의 효과는 치료기간 중에 한정된다. 따라서 심판대상조항들에 의하여 구체적으로 달성되는 성폭력범죄의 재범 방지 및 사회방위의 효과는 제한적이거나 한시적이고, 달성 여부 자체가 불확실한 부분 역시 존재한다.⁸⁵⁹⁾

병리적 현상에 대한 과학적 대응노력은 반드시 필요한 것이나, 충분한 연구가 이루어지지 아니한 상태에서 제한적인 조건 하의 일부 사례를 들어 그 효과만을 강조하는 것은 오히려 연구의 오류 발생을 부추길 수 있다. 그리고 시민들이 성폭력은 병리적인 것이고, 가해자는 정신이상자 등 특수한 사람이라고 착각하게 만들어, 다양한 원인에 기하여 이루어지는 성폭력에 관한 근본적인 대책 마련 요구 및 노력을 차단하는 결과를 가져올 우려도 배제할 수 없다. 이러한 점을 종합하면, 성폭력범죄의 예방, 억제를 위한 국가적 노력의 긴절한 필요와 중요성에도 불구하고, 심판대상조항들에 의하여 구체적으로 달성되는 공익을 막연한 추정에 기하여 인정할 것은 아니다.⁸⁶⁰⁾

재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 안창호의 반대의견은 이어 심판대상조항에 의한 구체적인 기본권 제한의 정도를 상세히 살펴본 다음 양자를 비교

859) 판례집 27-2하, 391, 414.

860) 판례집 27-2하, 391, 414, 415.

하고 위헌의 결론에 이른다. 이러한 논증구조는 구체적인 기본권 제한 정도에 만 논증을 집중하는 바람에 균형을 잃은 합헌의견의 법익의 균형성 원칙 논증 구조와 선명한 대조를 이룬다.

(라) 과잉금지원칙의 장점 구현의 어려움

앞서 살펴본 바와 같이 ‘불완전 분화형 논증유형’의 피해의 최소성 원칙 논증구조의 실질은 위헌심사척도의 변경에 해당된다. ‘불완전 분화형 논증유형’의 등장에 따라 피해의 최소성 원칙의 본래의 논증구조와 다른 논증구조가 피해의 최소성 원칙이라는 이름 안에 공존하게 되었다. 이에 따라 피해의 최소성 원칙은 입법대안과의 비교뿐 아니라 비교형량에 유사한 것까지 담을 수 있는 다의적인 위헌심사척도가 되었다. 과잉금지원칙은 명확하게 분화된 체계적인 논증구조를 통해 위헌 여부의 정당화 근거를 설득력 있게 제시한다는 것이 장점이다.⁸⁶¹⁾ 피해의 최소성 원칙의 의미가 다의적이 되면 이러한 장점을 살려내기 어렵다. 다의적으로 해석될 수 있는 위헌심사척도는 판결에 대한 예측 가능성과 설득력의 저하를 초래한다.

또한 ‘불완전 분화형 논증유형’은 과잉금지원칙의 핵심인 온전하고 전면적인 비교형량을 방해하는 결과를 낳는다.⁸⁶²⁾ ‘불완전 분화형 논증유형’은 불완전 형량을 통해 상당한 수준의 가치판단을 피해의 최소성 원칙 판단 단계에서 수행한다. 이러한 논증에 피해의 최소성이라는 이름을 붙이면, 그 논증과정에 마치 가치판단이나 주관성이 개입하지 않은 듯한 인상을 줄 수 있다. 그에 따라 온전하고 전면적인 형량을 하지 않는 것이 더 용이하게 된다. 나아가 ‘불완전 분화형 논증유형’은 이와 같이 피해의 최소성 원칙 부분에서 ‘불완전 형량’을 수행한 다음, 법익의 균형성 원칙 부분에서는 구체적인 비교형량 대신 공익과 사익의 추상적인 수준에서의 비교 결과를 선언적인 명제로 제시하는 경우가 많다. 그 결과 법익의 균형성 원칙 단계에서도 제대로 된 비교형량이 이루어지기 어려운 경우가 많아지게 된다.

(마) 법익의 균형성 원칙의 독자적 의의 상실

‘불완전 분화형 논증유형’에서는 피해의 최소성 원칙의 충족 여부가 곧 법익

861) Dieter Grimm 2007, *op. cit.*, 397.

862) “법익형량을 피해의 최소성 원칙 판단에 억지로 포함시키려고 하면, 결국 법익형량도 피해의 최소성 원칙 판단도 제대로 할 수 없게 된다.”(Guy Davidov 2000, *op. cit.*, p. 201).

의 균형성 원칙 충족 여부를 결정하는 경우가 많다. 즉, 과잉금지원칙 적용의 결론은 피해의 최소성 원칙 단계에서 ‘불완전 형량’을 할 때 이미 정해지기 쉽다. 이러한 까닭에 피해의 최소성 원칙은 만족되나 법익의 균형성 원칙이 만족되지 않는 선례를 거의 찾아보기 어려운 것으로 보인다. 이와 같이 ‘불완전 분화형 논증유형’에서는 법익의 균형성 원칙의 독자적인 존재의의를 찾기가 쉽지 않다.⁸⁶³⁾ 법익의 균형성 원칙이 과잉금지원칙 적용에 있어 특별한 역할을 하지 못한다면, 법익의 균형성 원칙을 독립적인 위헌심사척도로 계속 유지해야 할 이유가 무엇인지 말하기가 어려워진다. 이는 단순히 법익의 균형성 원칙의 존재의의가 거의 없다는 현상에 그치는 것이 아니다. 과잉금지원칙의 핵심이자 본령이 비교형량을 내용으로 하는 법익의 균형성 원칙 부분에 있음에도 불구하고, 법익의 균형성 원칙의 존재의의가 미약하다는 것은 과잉금지원칙의 핵심을 놓치게 된다는 것을 의미한다.

바. 헌법재판소의 과잉금지원칙 논증구조의 최근 양상

(1) 개관

앞서 살펴 본 내용을 종합하면 우리 헌법재판소의 과잉금지원칙 하위 원칙 논증유형은 ‘미분화형 논증유형’이 대세를 이루다가, ‘완전 분화형 논증유형’과 ‘불완전 분화형 논증유형’이 공존하는 단계를 거쳐 온 것으로 볼 수 있다. 그 후 ‘불완전 분화형 논증유형’을 취하는 결정이 점점 늘어나서 현재까지 이어져 오고 있는 것으로 보인다.⁸⁶⁴⁾

‘불완전 분화형 논증유형’의 확산 경향은 과잉금지원칙 판단의 세부 목차로 “피해의 최소성 원칙 및 법익의 균형성 원칙”이라는 통합 목차를 사용하는 경향과도 궤를 같이 하는 것으로 보인다. 이는 피해의 최소성 원칙에서 불완전하

863) 법익의 균형성 원칙 판단이 선언에 그치고 논증은 거의 이루어지지 않는다는 지적으로, 정주백, “과잉금지원칙에 관한 관견 -현재의 원칙 운용에 있어서의 논리성·일관성에 관한 문제제기-”, 헌법재판연구 제2권 제2호(2015. 12.), 제265, 266쪽.

864) 강일신, 위의 논문(2019. 2.), 제198쪽. 이러한 경향은 2016년에 이르면, 같은 결정 내에서 심판대상조항 중 어느 하나에 대해서는 형량 없는 피해의 최소성 원칙 논증을 하고, 다른 하나에 대해서는 형량이 포함된 피해의 최소성 원칙 논증을 하는 형태로까지 나아간다. 예컨대, 현재 2016. 9. 29. 2014헌가3 등, 판례집 28-2상, 258. 이 결정에서 “이 사건 2호 부분”에 대한 피해의 최소성 원칙 판단은 입법대안과의 비교를 내용으로 하나(위 판례집 제270-273쪽), “이 사건 제3호 부분”에 대한 피해의 최소성 원칙 판단은 입법대안 제시 없이 기본권 제한 정도가 과잉한지에 관한 비교형량을 내용으로 한다(위 판례집, 제274쪽, 두 번째 단락)

나마 형량까지 하고나면 법익의 균형성 원칙 단계에서는 논증할 내용이 별로 남아있지 않기 때문으로 추측된다. “피해의 최소성 원칙 및 법익의 균형성 원칙” 또는 “침해의 최소성 원칙 및 법익의 균형성 원칙”이라는 통합 목차는 1996년에 처음 등장하여 2002년까지 사이에는 대략 2년에 한 번 꼴로 사용되었다.⁸⁶⁵⁾ 그 후 2003년부터는 매년 꾸준히 사용되고 있고 그 빈도는 2006년 이후 눈에 띄게 높아진다.⁸⁶⁶⁾

‘불완전 분화형 논증유형’이 증가하는 와중에 ‘완전 분화형 논증유형’ 결정들도 종종 나왔다.⁸⁶⁷⁾ 예컨대, 부동산실명법 헌법불합치 사건이나⁸⁶⁸⁾, 태아 성별 고지에 관한 헌법불합치 사건⁸⁶⁹⁾, 회사정리법상 주권상실 위헌 사건이⁸⁷⁰⁾ 그러한 경우에 해당한다.⁸⁷¹⁾ 특히, 최근 재심소장에 붙일 인지액이 과다하여 재판청구권을 침해하는지 여부에 관한 현재 2017. 8. 31. 2016헌바447 결정의⁸⁷²⁾ 보충의견을 통하여 불완전 분화형 논증유형에 대한 문제제기가 있었고,⁸⁷³⁾ 그 후 대표적으로 양심적 병역거부 사건 중 병역종류조항에 대한 다수

865) 현재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126, 142; 현재 1998. 5. 28. 96헌가4등, 판례집 10-1, 522, 538, 539; 현재 2000. 7. 20. 99헌마455, 판례집 12-2, 153, 163; 현재 2002. 11. 28. 2001헌마596, 판례집 14-2, 734, 751.

866) 2003년부터 2008년까지 이와 같은 목차를 취한 판례는 다음과 같다. 현재 2003. 1. 30. 2002헌바5, 판례집 15-1, 86, 98; 현재 2004. 3. 25. 2002헌마411, 판례집 16-1, 468, 481; 현재 2005. 3. 31. 2003헌가20, 판례집 17-1, 294, 310; 현재 2006. 4. 27. 2004헌가19, 판례집 18-1상, 459, 473; 현재 2006. 6. 29. 2005헌마1167, 판례집 18-1하, 498, 507; 현재 2006. 11. 30. 2004헌마431등 공보 제122호, 1356, 1360; 현재 2006. 12. 28. 2004헌바67 판례집 18-2, 565, 577; 현재 2007. 5. 31. 2006헌바88, 판례집 19-1, 611, 620; 현재 2008. 4. 24. 2007헌마1456, 판례집 20-1상, 720, 732; 현재 2008. 5. 29. 2006헌가16 등, 판례집 20-1하, 27, 36; 현재 2008. 5. 29. 2007헌마248, 판례집 20-1하, 287, 303. 최근의 결정으로는 현재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 419(낙태죄 헌법불합치 결정)을 들 수 있다.

867) ‘불완전 분화형 논증유형’이 대세가 됨에 따라, ‘완전 분화형 논증유형’은 ‘잇혀진 논증방식’으로 지칭되기도 한다[강일신, 위의 논문(2019. 2.), 제199쪽].

868) 현재 2006. 5. 25. 2005헌가17 등, 판례집 18-1하, 1. 이와 대조적으로 같은 날 선고된 안마사 관련 결정은 목적 달성 동일성 검증단계를 제대로 판단하지 않는 논증구조를 취하였다(현재 2006. 5. 25. 2003헌마715 등, 판례집 18-1하, 112).

869) 현재 2008. 7. 31. 2004헌마1010 등, 판례집 20-2상, 236.

870) 현재 2012. 5. 31. 2010헌가85, 판례집 24-1하, 257.

871) 합헌 선례 중에는 예컨대, 현재 2003. 10. 30. 2001헌마700등, 판례집 15-2하, 137.

872) 판례집 29-2상, 363. 이 사건 청구인은 확정된 민사 항소심 판결에 대해 재심을 청구한 사람이다. 심판대상조항은 항소심 판결에 대한 재심 소장에는 소송 목적의 값에 비례하여 계산한 제1심 소장에 붙여야 할 인지액에 1.5를 곱한 값의 인지를 붙여야 한다는 내용이다. 헌법재판소는 재판청구권 침해 여부를 과잉금지원칙을 적용하여 판단하였다. 다수의견은 피해의 최소성 원칙에서 대부분의 논증을 하고 합헌의 결론에 이르렀다.

873) 보충의견은 선례의 과잉금지원칙 판단에서 법익의 균형성 원칙에서 다루어야 할 것을 피해의

의견(헌법불합치)에서 약간의 변화의 경향을 엿볼 수 있었다.⁸⁷⁴⁾ 물론 불완전 분화형 논증유형을 취하는 최근 결정례들도 있다.⁸⁷⁵⁾ 이하에서는 이러한 최근의 상황을 낙태죄에 관한 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정의⁸⁷⁶⁾ 과잉금지원칙 논증구조를 통해 살펴보기로 한다.

(2) 낙태죄 사건의 논증구조

이 사건은 낙태를 형사처벌하는 형법 조항이 임신부의 자기결정권을 침해하는지가 주요 쟁점이다. 헌법재판소는 4인의 재판관의 헌법불합치의견,⁸⁷⁷⁾ 3인의 재판관의 단순위헌의견,⁸⁷⁸⁾ 2인의 재판관의 합헌의견에⁸⁷⁹⁾ 따라 헌법불합치결정을 하였다. 이하에서는 과잉금지원칙의 논증구조가 분명히 드러나는 4인의 헌법불합치 의견과 2인의 합헌의견을 차례로 살펴보기로 한다.⁸⁸⁰⁾

최소성 원칙에서 혼합하여 논증하는 경향이 있었음을 지적하고, 피해의 최소성 원칙 부분에서는 입법대안과의 비교만을, 법익의 균형성 원칙 부분에서는 비교형량만을 수행해야 한다고 주장한다. 그렇게 함으로써 심판대상조항과 동등하게 입법목적 달성을 하지 못하는 입법대안의 존재를 이유로 하여 피해의 최소성 원칙 위반이라는 결론에 이를 위험에서 자유로워지고, 과잉금지원칙 판단의 효율성을 높일 수 있으며, 결정 이유의 논리성과 결정들 사이의 일관성도 높일 수 있다고 설시한다.

874) 병역종류조항에 대한 다수의견은 피해의 최소성 원칙 부분에서 입법대안 이외의 판단을 전혀 하지 않았고, ‘대가 동일성 검증단계’와 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 명시적으로 판단하였다(헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379등, 판례집 30-1하, 370, 415). 최근 결정 중 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 명시적으로 언급한 예로 헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29; 헌재 2018. 2. 22. 2016헌바100; 헌재 2018. 4. 26. 2016헌바116 중 재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 강일원의 반대의견; 헌재 2018. 5. 31. 2016헌바14등; 헌재 2018. 5. 31. 2016헌바250; 헌재 2018. 6. 28. 2016헌가15; 헌재 2018. 6. 28. 2015헌바545; 헌재 2018. 6. 28. 2016헌바347등; 헌재 2018. 6. 28. 2016헌바77등 중 법정의견; 헌재 2018. 6. 28. 2016헌바1153; 헌재 2018. 7. 26. 2017헌바1238; 헌재 2018. 7. 26. 2016헌바431; 헌재 2018. 7. 26. 2016헌바1029; 헌재 2018. 8. 30. 2017헌바158 등 참조. 또한 법익의 균형성 원칙 부분에서 과거보다 한층 구체적인 비교형량을 하는 예로, 헌재 2018. 2. 22. 2016헌바401; 헌재 2018. 6. 28. 2016헌바473; 헌재 2018. 6. 28. 2016헌바77등 중 재판관 조용호의 반대의견; 헌재 2018. 7. 26. 2016헌바260 중 재판관 이진성, 재판관 안창호, 재판관 서기석, 재판관 조용호, 재판관 유남석의 압류금지조항에 대한 위헌의견 등 참조.

875) 예컨대, 민주화보상법상 재판상화해 성립 간주에 관한 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바180등, 판례집 30-2, 259, 277-279, 변호사시험 성적공개기간에 관한 헌재 2019. 7. 25. 2017헌바1329, 공보 제274호, 878, 882, 883.

876) 판례집 31-1, 404.

877) 재판관 유남석, 재판관 서기석, 재판관 이선애, 재판관 이영진

878) 재판관 이석태, 재판관 이은애, 재판관 김기영

879) 재판관 조용호, 재판관 이종석

880) 3인의 단순위헌의견은 4인의 헌법불합치의견을 전제로 한 걸음 더 나아가는 형식이므로 과잉금지원칙의 논증구조 분석을 위해서는 그 모태가 되는 4인의 헌법불합치의견만을 본문에서 살펴보기로 한다.

(가) 헌법불합치 의견의 논증구조

4인의 헌법불합치 의견은 태아도 생명권의 주체이며, 국가는 태아의 생명을 보호할 의무가 있음을 과잉금지원칙 판단의 전제라고 실시한다.⁸⁸¹⁾ 위 의견은 이어 “4) 피해의 최소성 원칙 및 법익의 균형성 원칙”이라는 목차 아래 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 함께 판단하는데, 그 시작 부분에서 태아의 생명 보호라는 공익의 중요성을 한 문장으로 언급한 후,⁸⁸²⁾ 약 9페이지에 걸쳐 ①임신한 여성이 임신을 유지할 것인지를 결정하는 것은 그의 존엄성과 자율성에 근거한 전인적 결정이라는 점, ②생명은 그 발달 단계에 따라 법적 보호정도와 수단을 달리할 수 있는 점, ③태아의 생명보호는 임신한 여성의 신체적, 사회적 보호를 포함하여야 실질적 의미가 있는 점, ④낙태죄 처벌은 태아의 생명보호에 크게 기여하지 못하고 다른 목적으로 악용되는 경우가 있는 점, ⑤사회적, 경제적 사유로 인한 낙태 상황의 중대성을 차례로 살펴본다.

이와 같은 분석을 수행한 후 4인의 헌법불합치 의견은 피해의 최소성 원칙 및 법익의 균형성 원칙 판단에 대한 종합적 결론을 제시한다. 이 결론 부분은 크게 두 가지 내용으로 구성되어 있다. 첫 부분은 피해의 최소성 원칙 판단에 대한 결론인데, 그 구체적 내용은 다음과 같다.

앞에서 살펴본 바를 (중략) 종합해 볼 때, (중략) 사회적, 경제적 사유로 인하여 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 전면적, 일률적으로 임신한 여성에게 임신의 유지 및 출산을 강제하고, 이를 위반하여 낙태한 경우 형사처벌하고 있는 것은 그 입법목적은 달성하기 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어 임신한 여성의 자기결정권을 제한하는 것이므로, 입법목적의 달성을 위한 최소한의 불가피한 수단이라고 할 수 없다.⁸⁸³⁾

4인의 헌법불합치 의견은 이어 법익의 균형성 원칙에 관한 종합적 결론을 아래와 같이 제시한다.

앞서 살펴보았듯이 자기낙태죄 조항이 달성하고자 하는 태아의 생명 보호라

881) 관례집 30-1하, 370, 415, 417, 418.

882) “생명은 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이므로, 인간으로서 형성되어 가는 단계에 있는 태아의 생명을 보호하고자 하는 공익은 중대하다.”(관례집 30-1하, 370, 419)

883) 관례집 30-1하, 370, 426.

는 공익은 중요한 공익이나, 결정가능기간 중 다양하고 광범위한 사회적, 경제적 사유를 이유로 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우까지도 낙태를 금지하고 형사처벌하는 것이 태아의 생명 보호라는 공익에 기여하는 실효성 내지 정도가 그다지 크다고 볼 수 없다. 반면 앞서 보았듯이 자기낙태죄 조항에 따른 형사처벌로 인하여 임신한 여성의 자기 결정권이 제한되는 정도는 매우 크다.⁸⁸⁴⁾

결국, 입법자는 자기낙태죄 조항을 형성함에 있어 태아의 생명 보호와 임신한 여성의 자기결정권의 실제적 조화와 균형을 이루려는 노력을 충분히 하지 아니하여 태아의 생명 보호라는 공익에 대하여만 일방적이고 절대적인 우위를 부여함으로써 공익과 사익간의 적정한 균형관계를 달성하지 못하였다.⁸⁸⁵⁾

(나) 합헌의견의 논증구조

합헌의견은 피해의 최소성 원칙 부분에서 아래와 같이 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 분명하게 실시하고, 논증의 핵심이 법익균형성에 있다고 밝힌다.

형벌의 부과는 입법목적 달성을 위한 가장 강력하고 확실한 수단 가운데 하나이기 때문에 다른 수단을 채택하여 낙태를 동일한 정도로 방지할 수 있을지 의문이다. (중략) 만일 낙태를 처벌하지 않거나 형벌보다 가벼운 제재를 할 경우 현재보다 낙태가 증가하여 태아의 생명권을 보호하고자 하는 자기낙태죄 조항의 입법목적 달성을 수 없게 될 가능성을 배제할 수 없다. (중략) 낙태를 원칙적으로 금지하고 이를 위반할 경우 형사처벌 하는 것 외에, 임신한 여성의 자기결정권을 보다 덜 제한하면서 태아의 생명보호라는 공익을 동등하게 효과적으로 보호할 수 있는 다른 수단이 있다고 보기 어렵다. 결국 자기낙태죄의 위헌 여부를 판단하는 핵심은 낙태 금지를 통해 달성하려는 공익과 침해되는 사익의 비교형량, 즉 법익균형성의 판단에 있다.⁸⁸⁶⁾

이어 합헌의견은 임신한 여성의 자기결정권에 비하여 태아의 생명권 보호를 중시한 입법자의 판단을 존중하여야 한다고 실시하여 과잉금지원칙적용강도를

884) 판례집 30-1하, 370, 426.

885) 판례집 30-1하, 370, 426, 427.

886) 판례집 30-1하, 370, 443, 444. 밑줄은 필자가 추가하였음.

완화한다는 점을 밝히면서 법익의 균형성 원칙 판단을 시작한다. 합헌의견은 먼저 심판대상조항이 달성하려는 태아의 생명권이라는 공익의 헌법적 가치와 의미, 태아의 성장단계에 따른 공익의 중요성, 사회, 경제적 사유에 의한 낙태를 허용할 경우의 공익 저해 정도를 살핀다. 그런 다음 모자보건법상 허용되는 낙태사유, 낙태죄 처벌에 의한 성차별적 효과에 대해 살펴보고, 법익의 균형성 원칙에 합치된다고 결론 내린다.

(다) 논증구조에 대한 평가

1) 헌법불합치결정의 논증구조에 대한 평가

4인의 헌법불합치결정의 피해의 최소성 원칙 논증구조는 ‘목적달성 동일성 검증단계’의 생략을 특징으로 하는 ‘불완전 분화형 논증유형’ 선례들과 궤를 같이 한다. 이러한 점은 4인의 헌법불합치 의견이 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 나타내는 표현인 ‘심판대상조항과 동일한 정도로 입법목적 달성을 할 수 있는지’ 대신 ‘목적달성 동일성 검증단계’가 생략된 “그 입법목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 정도를 넘어”라는 표현을 사용하는 데에서도 드러난다.

‘심판대상조항이 입법목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 정도인지’라는 위헌심사적도는 피해의 최소성 원칙이 아니라, ‘불완전 형량’을 의미한다. 4인의 헌법불합치결정은 사회적, 경제적 사유로 인한 낙태갈등 상황을 겪고 있는 경우에는 낙태죄 형사처벌의 예외를 일정 부분 허용하는 내용의 입법대안을 상정하고 있는 것으로 보인다. 그러나 사회적, 경제적 사유로 인한 낙태를 아무리 제한적으로 허용한다고 해도, 심판대상조항에 비해 낙태 건수가 한 건이라도 늘어날 가능성이 있다면, 그러한 입법대안이 태아의 생명보호라는 입법 목적을 심판대상조항만큼 달성한다고 단정 짓기는 어려운 측면이 있다. 따라서 이러한 입법대안을 근거로 하여 심판대상조항이 피해의 최소성 원칙 위반이라는 결론에 이르는 것은 성급한 측면이 있다.

그럼에도 불구하고 4인의 헌법불합치결정이 비교적 온전한 형태의 비교형량을 수행한 다음 비로소 위헌의 결론에 이를 수 있었던 것은 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 아울러 판단하면서 그 분석 내용에 구체적인 공익 달성 정도를 포함시켰기 때문이다. 4인의 헌법불합치결정에서 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 합쳐서 판단한 것은 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 분리한 다음 피해의 최소성 원칙 부분에서 비교형량을 하는

것의 문제점을 인식한 결과로 볼 여지가 있다. 그 결과, 심판대상조항의 입법 목적 달성 정도를 은연중에 주어진 목표치로 가정하는 오류에 빠지지 않고, 비교형량의 논증구조를 취할 수 있었던 것으로 보인다. 이러한 점에서 4인의 헌법불합치 의견의 논증구조는 ‘불완전 분화형 논증유형’의 전형적인 모습에서는 탈피하였다고 평가할 수 있다.

2) 합헌의견의 논증구조에 대한 평가

낙태죄 결정의 2인의 합헌의견은 피해의 최소성 원칙 단계에서 비교형량을 할 경우 발생하는 문제점을 인식하고, 그 문제의식을 ‘불완전 분화형 논증유형’을 완전히 극복하는 지점까지 밀고 나간 것으로 평가할 수 있다. 앞서 본 바와 같이 2인의 합헌의견의 피해의 최소성 원칙 판단은 입법대안과의 비교가 전부이고, ‘목적달성 동일성 검증단계’의 판단도 뚜렷이 드러난다. 그 후 법익의 균형성 원칙 부분에서 풍부한 논증을 전개하였다. 이러한 논증구조는 ‘완전 분화형 논증유형’의 선례들과 맥을 같이 한다.

2. 완전 분화형 논증유형 선례 계승의 필요성

‘불완전 분화형 논증유형’의 과잉금지원칙은 ‘피해의 최소성 원칙이 과잉금지원칙을 지배한다’고 요약할 수 있다. ‘불완전 분화형 논증유형’의 특징은 피해의 최소성 원칙 판단 단계에서 입법대안과 심판대상조항을 비교하거나, ‘불완전 형량’을 한 다음, 법익의 균형성 원칙 판단은 공익과 사익의 추상적 비교 결과를 선언하는 정도로 간략히 마무리 하는 것이다. 피해의 최소성 원칙 단계에서 이루어지는 ‘불완전 형량’은 피해의 최소성 원칙이라는 옷을 입은 상태에서 이루어지기 때문에, 대립하는 이익 사이의 공정하고 총체적인 비교형량이기 보다는 합헌 또는 위헌의 어느 한 쪽을 지지하는 논거들을 강조하는 형식이 되기 쉽다. 이를 통해 온전한 비교형량을 회피하고, 쉽게 합헌의 결론에 이를 수 있는 길이 열린다. 또한 ‘불완전 분화형 논증유형’에 따를 경우 ‘목적달성 동일성 검증단계’의 중요성이 흐려지고, 급기야는 이를 생략하는 데에까지 이를 수 있다. ‘목적달성 동일성 검증단계’를 명확히 판단하지 않으면 피해의 최소성 원칙은 성급한 위헌의 결론으로 빠져나가는 통로가 될 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 이러한 위헌심사척도로는 단계적 판단이라는 과잉금지원칙의 장점의 상당 부분을 구현하기 곤란하다.

그러나 ‘완전 분화형 논증유형’의 선례들은 피해의 최소성 원칙을 입법대안과의 비교에 한정하여 적용하고, 비교형량은 법익의 균형성 원칙의 몫으로 돌린다. 이 선례들 중에는 ‘대가 동일성 검증단계’는 물론이고, ‘목적달성 동일성 검증단계’까지도 정확하게 적용한 선례도 있고, 비교형량을 본격적으로 한 선례도 있다. 심판대상조항의 위헌성을 짚어내는 핵심은 심판대상조항에 의한 구체적인 기본권 제한 정도가 헌법상 정당화되는지, 수인가능성이 있는지이다. 이는 심판대상조항의 입법목적 달성 정도 자체에 의문을 제기할 때 비로소 온전히 판단할 수 있기 때문에, 비교형량을 법익의 균형성 원칙이라는 독립된 판단 단계에 온전히 맡겨 둘 때 제대로 해낼 수 있다. 헌법재판을 담당하는 독립적인 사법기관을 둘 때 헌법재판이 쉽게 활성화 되듯이, 비교형량에 특화된 판단 단계를 만들어 둘 때 깊이 있고 온전한 비교형량이 용이해진다. 따라서 ‘완전 분화형 논증유형’은 ‘불완전 분화형 논증유형’의 피해의 최소성 원칙에 적혀 있는 내용을 법익의 균형성 원칙 부분으로 옮겨 적는 것에 불과한 것이 아니다.⁸⁸⁷⁾ 논증구조는 논증의 결과를 좌우하기도 한다.⁸⁸⁸⁾ 피해의 최소성 원칙에서 ‘불완전 형량’을 하면 올바른 판단 결과에 이르지 못할 위험이 있다. 이러한 관점에서 ‘완전 분화형 논증유형’이 과잉금지원칙 논증의 형식과 실질을 모두 향상시킬 수 있는 지름길이라 할 수 있다.

과잉금지원칙은 재판관의 솔직함의 문제이다.⁸⁸⁹⁾ 법익의 균형성 원칙 부분에서 이루어지는 총체적인 비교형량은 솔직함의 표현이기 때문에, 헌법재판소에 대한 국민의 신뢰나 헌법재판소를 향한 국민의 기대가 뒷받침 될 때 비로소 실현할 수 있다.⁸⁹⁰⁾ 헌법재판소에 대한 신뢰나 기대가 약한 사회에서는 가치 판단이 배제된 논증 구조인 수단의 적합성 원칙이나 피해의 최소성 원칙 이상의 논증을 헌법재판소에 기대하기 어렵다. 법익의 균형성 원칙 논증에 집중하는 독일 연방헌법재판소도 원래부터 그러한 논증구조를 취한 것은 아니었

887) 강일신은 전체 논증의 양과 질은 유사할지 모르나 법익의 균형성 원칙 논증의 양과 질에서는 유의미한 차이가 있다고 평가한다[강일신, 위의 책(2018), 제69쪽].

888) 강일신, 위의 논문(2019. 2.), 제216쪽.

889) 과잉금지원칙에서 이루어지는 투명한 비교형량에 관하여는 Iryna Ponomarenko 2016a, *op. cit.*, pp. 1162, 1163 참조.

890) Petersen은 사법부의 지위가 강할수록 더 자주 법익의 균형성 원칙 논증을 할 것이고, 지위가 약한 법원은 외견상 “정치적으로” 보이는 논증구조를 피하려고 할 것이라고 지적한다(Niels Petersen 2017, *op. cit.*, p. 68). Schlink는 민주주의에 관한 역사와 전통의 차이, 국민 구성의 다양성의 차이가 사법부가 얼마나 적극적으로 비교형량을 할 것인지를 결정하는 중요한 요소라고 주장한다(Bernhard Schlink 2012, *op. cit.*, p. 301).

다. 독일 연방헌법재판소 역시 피해의 최소성 원칙에 의지하여 위헌 논증을 하는 경향을 창립 이래 20년이 넘게 지속하다가, 1980년대 이후에 비로소 법익의 균형성 원칙 위반을 본격적인 위헌결정의 논증으로 삼는 판례를 확립하였다.⁸⁹¹⁾ 이러한 경향은 독일 연방헌법재판소의 지위의 공고화 정도와 과잉금지 원칙에 대한 학계의 긍정적 평가의 증대와 맥을 같이 한다.⁸⁹²⁾

우리 헌법재판소는 민주화 운동의 결실인 1987년 헌법에 의해 탄생했지만, 신생기관이었기 때문에 창립 이래 지난 30여 년간 자신에 대한 국민의 신뢰를 0에서부터 시작하여 쌓아올려야만 했다. ‘불완전 분화형 논증유형’과 같은 과잉금지원칙 논증구조는 이러한 신뢰 부족의 반영일 가능성이 있다. 그러나 2020년 현재의 헌법재판소에 대한 사회적 신뢰와 국민의 수준이 헌법재판소의 투명한 비교형량을 감당하지 못할 정도인지는 다시 생각해 볼 필요가 있다. 이제 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 분명히 구별하고, 과잉금지원칙 논증의 중심을 과잉금지원칙의 핵심인 법익의 균형성 원칙에 두는 ‘완전 분화형 논증유형’으로 옮겨갈 때가 되지 않았는지 점검해 볼 필요가 있다.

반면, 피해의 최소성 원칙에 비교형량이 포함된다는 취지에서 ‘불완전 분화형 논증유형’을 긍정적으로 평가하는 견해도 있다.⁸⁹³⁾ 예컨대, Bilchitz는 입법대안이 심판대상조항과 “완전히 같은 정도로(to the same extent)” 입법 목적을 달성하는지가 아니라 “현실적이고 실질적으로(real and substantial)” 입법 목적을 달성하는지를 심사하여야 하고, 그 판단에는 입법대안에 의할 경우의 기본권 완화 정도와 입법목적 달성 저해 정도의 비교가 포함된다고 주장한다.

그러나 입법대안과 심판대상조항의 입법목적 달성 정도가 현실적이고 실질적으로 같은 정도인지에 관한 불확실성의 해결은 과잉금지원칙적용강도로 접근하는 것이 타당하다. Bilchitz는 입법목적 달성 정도의 비교와 기본권 제한 정도의 비교를 종합적으로 고려하여 심판대상조항이 침해를 최소로 하는 것인

891) 법익의 균형성 원칙 위반을 근거로 한 법률에 대한 최초의 위헌결정은 1962년에 나왔고, 1978년까지 모두 4건의 법률에 대한 위헌결정만이 법익의 균형성 원칙 위반을 근거로 하였다. 다만, 이 기간 동안에도 합헌결정의 경우, 또는 *Lüth* 판결과 같은 재판소원의 경우에는 법익의 균형성 원칙 논증이 제대로 이루어지는 경우가 많았다. 그밖에 독일 연방헌법재판소의 법익의 균형성 원칙 논증 사용 경향에 관한 자세한 내용은 Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 84, 86-92 참조.

892) Niels Petersen 2017, *op. cit.*, pp. 97, 98, 114.

893) David Bilchitz 2016, *op. cit.*, pp. 56, 57; 강일신, 위의 논문(2019. 2.), 제209, 210쪽. 다만, 강일신의 견해는 법익의 균형성 원칙의 독자적 중요성도 강조한다[강일신, 위의 책(2018), 제74쪽; 강일신, 위의 논문(2019. 2.), 제217쪽].

지를 판단하는 것을 피해의 최소성 원칙 판단의 최종단계로 설정한 다음, 이 최종단계에 비교형량이 포함될 수밖에 없다고 주장한다.⁸⁹⁴⁾ 그러나 그러한 비교형량은 법익의 균형성 원칙에서 하면 족한 것이고 굳이 이러한 새로운 최종 단계를 만들어 피해의 최소성 원칙 판단에 포함시킬 실익을 찾기 어렵다.⁸⁹⁵⁾

또한 Bilchitz는 피해의 최소성 원칙 단계에서도 사법부는 가치 판단 없이 과잉금지심사를 할 수 있다는 식의 ‘자기기만(self-deception)’을 해서는 안 된다고 주장한다. 그러나 자기기만을 가장 효과적으로 피할 수 있는 방법은 ‘불완전 분화형 논증유형’처럼 실증적 비교의 외관과 구조를 가진 피해의 최소성 원칙 단계에서 비교형량을 하는 것이라기보다는 ‘완전 분화형 논증유형’처럼 가치들 사이의 비교의 외관과 구조를 가진 법익의 균형성 원칙 단계에서 공개적이고 본격적으로 비교형량을 하는 것이다.

여기에서 주의할 점은 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 엄격히 구별하는 완전 분화형 논증유형이 과잉금지원칙을 통해 기계적으로 합헌, 위헌의 결론을 도출해내야 한다는 의미가 아니라는 점이다. 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 엄격히 구별하자는 것은 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙 판단의 논리적인 뼈대를 분명히 밝히고, 그 뼈대에서 이탈하지 말자는 주장일 뿐이다. 다양한 가치관과 역사적, 사회적 사실들, 정치적, 철학적 주장들을 심도 있게 고민하고 그에 관한 풍부한 논거를 제시하는 것은 반드시 필요하다.

피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 엄격히 구별하면, 합헌과 위헌의 결론을 뒷받침하는 풍부한 논거들이 숨김없이, 그리고 과장 없이 제시될 수 있다. 자신이 지지하는 결론을 뒷받침하는 논거들만 강조하고 나머지는 무시하는 것이 구조적으로 어려워진다. 따라서 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙을 엄격히 구별하는 완전 분화형 논증유형은 실질상 과잉금지원칙의 기계

894) Bilchitz는 피해의 최소성 원칙 판단을 (1) 가능성(Possibility), (2) 수단성(Instrumentality), (3) 효과(Impact), (4) 비교(Comparativity)의 4단계로 나눈다. 이 때 “가능성”이란 실제로 가능한 입법대안이 있는지 여부를, “수단성”이란 입법대안이 심판대상만큼 현실적이고 실질적으로 입법목적 달성을 달성하는지 여부를, “효과성”이란 입법대안의 기본권 제한 정도가 심판대상의 그것보다 적을 것을, “비교”란 수단성과 효과를 종합적으로 비교하여 심판대상조항이 최소 침해적 수단인지를 판단하는 것을 의미한다. Bilchitz는 각각의 판단에 규범적인 요소가 개입할 수밖에 없음을 강조한다(David Bilchitz 2016, *op. cit.*, pp. 51-57).

895) 특히 이 견해는 이를 보여 주는 판례로 이스라엘 연방대법원의 Beit Sourik 판결을(*Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel* H CJ 2056/04) 들고 있으나, 인용 부분은 피해의 최소성 원칙이 아니라 법익의 균형성 원칙 논증 부분이다.

적 적용과는 정반대 방향을 지향한다. 오히려 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙 사이의 엄격한 구별에 반대하는 입장에 따를 경우, 과잉금지원칙은 자신의 결론을 정당화하기 위해 특정한 측면을 과장하고, 특정한 측면은 숨기면서도 그러한 과장과 은폐가 없는 것 같은 외관을 만들어내는 도구로 사용되기 쉬워질 위험이 있다.

이러한 관점에서 캐나다 연방대법원이 우리와 같이 피해의 최소성 원칙에 논증을 집중하다가 최근 법익의 균형성 원칙 쪽으로 그 중심을 이동시키고 있음을 눈여겨 볼 필요가 있다. 다행히도 이는 무에서 유를 창조하는 작업이 아니다. ‘완전 분화형 논증유형’의 선례들을 계승하는 것으로 족하다. 이렇게 하면 피해의 최소성 원칙 판단을 통과하기 쉬운 위헌심사척도로 사용할 수 있다.⁸⁹⁶⁾ 이렇게 피해의 최소성 원칙을 정확하게 정립하고 나면, 비교형량의 문제는 전부 법익의 균형성 원칙의 몫으로 넘어간다. 캐나다 연방대법원의 *Hutterian Brethren* 판결에서 다수의견이 걸어간 길이 바로 이 방향이다.

우리 헌법재판소의 과잉금지원칙 논증구조의 최근 양상을 일도양단으로 평가하기는 어렵다. 최근 결정례들의 과잉금지원칙 논증구조는 완전 분화형 논증유형과 불완전 분화형 논증유형이 혼재된 상태로 보는 것이 적절할 것으로 보인다. 다만, 양심적 병역거부나 낙태죄와 같이 사회적 영향력이 큰 최근 결정에서 ‘불완전 분화형 논증유형’과는 차이를 두고 ‘완전 분화형 논증유형’의 선례에 근접한 논증구조를 보여 준 것은 유의미한 변화로 평가할 수 있다.

법익의 균형성 원칙에서 본격적인 비교형량을 하게 되면 결정의 설득력과 투명성이 높아진다. 헌법연구관의 연구보고서에 담긴 각종 사회적 지표와 관련 자료들이 비교형량에 직접 활용되어 논리적이고 풍부한 논거제시가 가능하게 된다. 헌법재판소의 과잉금지원칙 논증구조의 미래가 이 지점에 달려 있다.

제2절 과잉금지원칙적용강도에의 시사점

1. 헌법재판소의 과잉금지원칙적용강도

896) 피해의 최소성 원칙은 파레토 효율 심사로 기능하고, 파레토 효율이라는 것이 희귀하기 때문에 심사기준으로서의 중요성이 떨어진다는 지적으로, Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat 2013, *op. cit.*, pp. 18, 19 참조.

가. 입법재량 존중의 세 가지 양상

헌법재판소의 결정례상 과잉금지원칙적용강도의 다양화는 ‘입법형성권’, ‘광범위한 입법재량’과 같이 입법재량 존중을 의미하는 용어로 표현된다. 우리 판례상 과잉금지원칙에 관하여 입법재량 존중은 크게 세 가지 경우에 논거로 언급된다. 첫째는 과잉금지원칙을 적용할지 말지를 정하는 논거로서 언급되는 경우이고, 둘째는 과잉금지원칙적용강도 완화 논거로 언급되는 경우이며, 셋째는 과잉금지원칙의 변형의 논거로도 사용된다. 이하에서 차례로 살펴본다.

(1) 과잉금지원칙 적용 여부 결정의 논거로서의 입법재량

헌법재판소는 과잉금지원칙을 적용할지 여부를 결정함에 있어 입법형성권의 정도를 근거로 드는 경우가 있다. 예컨대 재판청구권 침해 여부에 관한 선례들은 과잉금지원칙을 적용하는 경우도 있고 아닌 경우도 있는데,⁸⁹⁷⁾ 과잉금지원칙을 적용하지 않는 경우 아래와 같이 광범위한 입법형성권을 근거로 제시하기도 한다.

재판청구권과 같은 절차적 기본권은 원칙적으로 제도적 보장의 성격이 강하기 때문에, 자유권적 기본권 등 다른 기본권의 경우와 비교하여 볼 때 상대적으로 광범위한 입법형성권이 인정되므로, 관련 법률에 대한 위헌심사기준은 합리성원칙 내지 자의금지원칙이 적용된다.⁸⁹⁸⁾

(2) 과잉금지원칙적용강도 완화 논거로서의 입법재량

헌법재판소 선례 중에는 아래와 같이 일단 과잉금지원칙을 위헌심사척도로 선택한 후에 그 하위 원칙들을 얼마나 엄격하게 적용할지를 정할 때 입법재량

897) 과잉금지원칙의 4단계 하위 원칙을 적용하는 선례에는 현재 1998. 12. 24. 94헌바46, 판례집 10-2, 842; 현재 1999. 7. 22. 96헌바19, 판례집 11-2, 73; 현재 2001. 6. 28. 2000헌바77, 판례집 13-1, 1358; 현재 2002. 4. 25. 2001헌바20, 판례집 14-1, 289; 현재 2007. 11. 29. 2004헌바39, 판례집 19-2, 548; 현재 2009. 6. 25. 2007헌바25, 판례집 21-1하, 784 등이 있다. 반면, 과잉금지원칙을 적용하지 않는 선례로는 현재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 541; 현재 2004. 12. 16. 2003헌바78, 판례집 16-2하, 472; 현재 2005. 5. 26. 2003헌가7, 판례집 17-1, 558; 현재 2006. 11. 30. 2003헌바66, 판례집 18-2, 429; 현재 2009. 2. 26. 2007헌바8등, 판례집 21-1상, 45; 현재 2009. 6. 25. 2008헌바259, 판례집 21-1하, 900; 현재 2009. 7. 30. 2008헌바162, 판례집 21-2상, 280; 현재 2009. 11. 26. 2008헌바25, 판례집 21-2하, 510; 현재 2012. 5. 31. 2010헌바403, 판례집 24-1하, 419; 현재 2012. 11. 29. 2012헌바180, 판례집 24-2하, 180; 현재 2013. 3. 21. 2012헌바128, 판례집 25-1, 223, 223 등이 있다.

898) 현재 2014. 2. 27. 2013헌바178, 판례집 26-1상, 293, 299, 300.

을 고려하는 경우가 있다.

‘의료행위’의 사회적 기능이나 사회적 연관성의 비중은 매우 크다고 할 수 있다. 이러한 관점에서 볼 때, ‘국가가 계약지정제를 택하더라도 입법목적은 똑같이 효율적으로 달성할 수 있기 때문에 강제지정제를 택한 것은 최소침해의 원칙에 반하는가’에 대한 판단은 ‘입법자의 판단이 현저하게 잘못되었는가’하는 명백성의 통제에 그치는 것이 타당하다고 본다.⁸⁹⁹⁾

위와 같은 판시에서 사회적 연관성을 근거로 인정되는 입법재량은 과잉금지 원칙 적용강도의 다양화를 결정하는 변수로 작용한다.⁹⁰⁰⁾ 유사한 맥락에서 “사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 경제사회적인 입법사항”에 해당된다는 점을 근거로 들어 과잉금지원칙적용강도를 완화하는 선례도 있다.⁹⁰¹⁾ 또한 선례는 “어떤 직업분야의 자격제도를 시행함에 있어서 그 업무에 대하여 설정할 자격요건의 구체적인 내용에 대한 판단·선택에 대해서는 입법자의 입법형성권이 인정되므로, 다른 방법으로 직업선택의 자유를 제한하는 경우에 비하여 보다 유연하고 탄력적인 심사가 필요하다.”와 같이 과잉금지원칙적용강도를 완화하기도 한다.⁹⁰²⁾ 입법재량을 근거로 한 과잉금지원칙적용강도에 대한 재판관들의 의견대립은 판결의 결론의 차이로 귀결되는 경우도 있다.⁹⁰³⁾

899) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76 등, 판례집 14-2, 410, 434. 이 선례에 대한 비판으로, 정주백, 위의 논문(2015. 12.), 제264쪽.

900) 같은 취지의 판례로 헌재 2009. 3. 26. 2007헌마843, 판례집 21-1상, 651; 헌재 2011. 8. 30. 2009헌마638, 판례집 23-2상, 460; 헌재 2010. 12. 28. 2009헌마171, 판례집 22-2하, 708

901) 예컨대, 헌재 2005. 2. 24. 2001헌바71, 판례집 17-1, 196, 208; 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바86, 판례집 21-1하, 503, 519.

902) 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바446등, 공보 제231호, 139, 144. 다만, 다수의견은 위와 같이 과잉금지원칙적용강도를 완화하였음에도 불구하고, 과잉금지원칙의 하위 원칙을 차례로 적용하면서 피해의 최소성 원칙 부분에서 결격기간을 차등적으로 둘 수 있는 입법대안을 근거로 하여 피해의 최소성 원칙 위반의 결론에 이른다. 한편, 재판관 김창중, 재판관 서기석의 합헌의견은 과잉금지원칙적용강도를 완화할 요소로 택시운송사업의 특성을 감안하여 여타 여객자동차운송사업의 운전업무 종사자격보다 강한 규제를 할 필요가 있다는 점을 추가로 지적하고(위 공보 제146쪽), 위와 같은 입법대안이 심판대상조항만큼 입법목적을 달성한다고 보기 어렵다는 이유로 심판대상조항이 피해의 최소성 원칙을 만족한다고 본 다음, 법익의 균형성 원칙 심사를 거쳐 합헌의 결론에 이른다.

903) 예컨대, 헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122 결정은 수용자의 변호사와의 접견 제한에 관한 재판청구권 침해 여부에 관한 사건이다. 이 사건에서 재판관 김창중, 재판관 조용호의 합헌의견은 입법재량을 근거로 과잉금지원칙적용강도를 완화한다고 밝히고(헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122 중 판례집 25-2상, 494, 512), 합헌의 결론에 이른다. 이는 과잉금지원칙적용강도에 대한 특별

(3) 과잉금지원칙 논증구조 변형 논거로서의 입법재량

헌법재판소는 아래와 같이 피해의 최소성 원칙을 입법대안과의 비교가 아니라 “입법목적 달성을 위한 필요한 범위 내의 것인지”의 심사로 변형하는 근거로 입법재량을 제시하기도 한다.

입법자에게는 전문직 자격제도에 관한 형성의 자유가 인정되므로, 변호사시험에 있어서도 어떠한 제도를 선택할 것인지에 관하여 형성의 여지가 있다. 따라서 이 사건 법률조항에 있어서 침해의 최소성 판단은 가장 덜 제약적인 방법인지가 아니라, 완화된 기준으로 입법목적 달성을 위한 필요한 범위 내의 것인지를 심사하는 방법에 의하여야 할 것이다.⁹⁰⁴⁾

이러한 위헌심사척도에도 피해의 최소성 원칙이라는 이름이 붙어 있다 하더라도, 이는 과잉금지원칙적용강도의 완화가 아니라 피해의 최소성 원칙의 변형에 해당됨은 앞서 자세히 살펴본 바와 같다.⁹⁰⁵⁾ 요컨대 입법대안이 심판대상조항과 동일한 조건에서 심판대상조항만큼 입법 목적을 달성하면서도 심판대상조항보다 기본권은 덜 제한하는지를 비교하는 것과 심판대상조항이 입법 목적을 달성하기 위한 필요한 범위 내인지를 판단하는 것은 판단 구조가 서로 다르다. 후자는 입법대안 없이도 판단이 가능하기 때문이다. 따라서 양자를 같은 위헌심사척도라고 볼 수는 없다.

나. 헌법재판소 결정례상 과잉금지원칙적용강도에 관한 학설

학설은 대체적으로 입법자에게 평가의 여지가 주어지므로 헌법재판소의 과잉금지원칙 적용은 명백성 통제로 국한되는 경향이 있다거나, 헌법재판소는 특정 기본권 행사의 사회적 연관관계가 높을수록 완화된 심사를 한다는 일반론을 제시하는 방식으로 헌법재판소 결정례상 과잉금지원칙적용강도를 설명한다.⁹⁰⁶⁾ 학설 중에는 보다 구체적으로 수단의 적합성 원칙 및 피해의 최소성

한 판시 없이 위헌의 결론에 이르는 다수의견과 대조를 이룬다.

904) 2012. 4. 24. 2009헌마608 등, 판례집 24-1하, 160, 168. 같은 취지의 판례로, 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189; 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75, 판례집 22-2, 232; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506, 판례집 20-1, 397; 헌재 2008. 5. 29. 2007헌마248, 판례집 20-1, 287; 헌재 2012. 2. 23. 2009헌마318, 판례집 24-1, 261 등이 있다.

905) 앞서 살펴본 바와 같이, 이러한 위헌심사척도 변형이 이루어진 중요한 원인 중 하나는 피해의 최소성 원칙의 목적달성 동일성 검증단계를 생략하거나 제대로 판단하지 않는 바람에 피해의 최소성 원칙이 지나치게 강력한 심사척도로 변질되었기 때문이다.

원칙에 대해서는 입법자의 예측판단에 따른 평가의 여지 부여를 근거로 하여 과잉금지원칙적용강도를 조절을 정당화하는 견해가 있다.⁹⁰⁷⁾ 또한 과잉금지원칙의 심사강도의 단계화는 법률의 실제효과에 대한 예측판단을 내용으로 하는 수단의 적합성 원칙과 피해의 최소성 원칙에서 주로 문제되는데, 헌법재판소는 방법의 적절성 원칙을 대부분 명백성 통제로 판단하기 때문에 과잉금지원칙적용강도의 다양화는 피해의 최소성 원칙에서 큰 의미가 있다고 보는 견해도 있다.⁹⁰⁸⁾

구체적인 과잉금지원칙적용강도의 다양화 단계에 관해서는 입법자의 예측판단을 통제하기 위하여 관해 독일연방헌법재판소의 예에 따라, 명백성 통제, 납득가능성 통제, 엄밀한 내용 통제의 3단계를 제시하는 견해가 있다.⁹⁰⁹⁾ 또한, 목적의 정당성 원칙, 수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙에서는 명백성 통제와 같은 완화된 심사를 해야 하고, 법익의 균형성 원칙에서는 개별, 구체적인 사정을 고려하여 적용강도를 정해야 한다는 견해도 있다.⁹¹⁰⁾ 한편, 정책결정의 민주적 정당성을 높이기 위해 의회에 기본권 제한권이 부여되어 있고, 사법부가 의회의 이익형량을 엄격하게 심사하는 것은 민주주의원리와 사법부의 제도적 능력에 논란을 일으킬 소지가 있으므로, 과잉금지원칙적용강도의 기본 방향은 의회의 기본권 제한의 합리성 여부를 심사하는 데에 그치는 것이 타당하다는 견해도 있다.⁹¹¹⁾

과잉금지원칙적용강도의 다양화 사유에 관해서는, 인간존엄성에 기초한 개인 연관성·사회연관성 이론의 관점에서 도출되는 법익교량의 일반적 지침으로서 과잉금지원칙적용강도 조절을 적극적으로 정당화하는 견해가 있고,⁹¹²⁾ 법적 규율대상의 특성, 입법자가 확실한 판단을 내릴 수 있는 가능성, 관련된 법익

906) 예컨대, 계획열, 위의 책(2007), 제158쪽; 성낙인, 위의 책(2019), 제967쪽; 헌법재판소의 결정례를 좀 더 상세하게 유형화한 분석으로는 김대환, 위의 논문(2012), 제319-336쪽 참조.

907) 한수웅, 위의 책(2019), 제491-493쪽.

908) 손상식, 위의 논문(2014. 12.), 제145쪽; 문제완, 위의 논문(2019), 제26쪽.

909) 손상식, 위의 논문(2014. 12.), 제140-145쪽; 이부하, 위의 논문(2013. 3.), 제17-19쪽.

910) 방승주, 위의 논문(2008. 12.), 제129-131쪽.

911) 강승식, 위의 논문(2011), 제69-72쪽. 반면, “비례성심사는 원칙적으로 엄격심사다. 따라서 완화된 심사를 하는 요건에 해당하지 않으면 비례성원칙의 적용은 엄격한 심사를 의미한다.”는 견해로, 김대환, 위의 논문(2012), 제332쪽. 같은 맥락에서 deference는 원칙적으로 최소 deference 라는 주장으로, Aileen Kavanagh 2008, *op. cit.*, pp. 191, 192.

912) 한수웅, 위의 책(2019), 제505-512쪽. 나아가 이 견해는 헌법재판소가 ‘제한되는 자유영역의 의미와 중요성에 따른 기본권제한의 효과’와 ‘규율대상의 특성’을 기준으로 입법형성권의 정도를 판단한다고 분석한다.

들의 의미에 따라 입법자에게 부여되는 예측의 여지가 달라진다는 견해가 있다.⁹¹³⁾ 또한 헌법재판소가 일반적으로 타인과 사회적 연관 관계에 있는 경제적 활동을 규제하는 영역에는 명백성 통제를, 생명권이나 신체의 자유 등 개인의 가장 핵심적인 기본권이 침해되는 경우에는 주로 엄밀한 내용 통제를 하는 것으로 분석하는 견해가 있고,⁹¹⁴⁾ 선거운동의 자유 제한에 관한 판례들을 기본권 자체의 중대성에 따른 엄격심사의 요청과 대의제와 관련된 광범위한 입법재량에 따른 완화심사의 요청 사이의 관계에서 분석하는 견해도 있다.⁹¹⁵⁾ 나아가 실체법적 관점과 기능법적 관점, 행위규범과 통제규범의 구별에 관한 독일의 논의를 소개하고, 그와 같은 관점에서 우리 헌법재판소는 주로 실체법적 관점에서 심사강도를 결정한다고 분석하는 견해가 있다.⁹¹⁶⁾ 한편, 과잉금지 원칙을 포함하여 법률에 대한 위헌 여부 심판 전반에 있어 입법자의 예측판단에 대한 통제의 범위와 강도를 조절하기 위한 기준으로 사실관계와 생활영역, 관련 기본권적 법익의 가치서열, 헌법의 규정양식, 입법형성의 자유의 한계규정을 드는 견해도 있다.⁹¹⁷⁾

다. 헌법재판소 결정례상 입법재량 존중에 대한 평가

(1) 입법재량 존중의 세 가지 양상의 이론적 의미

입법재량 존중은 권력분립원리에 관한 사안이므로 위헌의 결론에 이르기 쉬운 위헌심사척도를 사용할 것인지, 합헌의 결론에 이르기 쉬운 위헌심사척도를 사용할 것인지와 관련이 있다. 또한 일단 위헌심사척도를 선택한 이후에 선택

913) 계희열, 위의 책(2007), 제156, 157쪽.

914) 손상식, 위의 논문(2014. 12.), 제141, 144쪽.

915) 전종익, 위의 논문(2010), 제255-268쪽.

916) 김대환, 위의 논문(2012), 제305-309, 319-323쪽(이때 실체법적 관점이란 헌법 문언의 구체성의 정도를, 기능법적 관점은 사법자체나 권력분립원리를 근거로 과잉금지원칙적용강도 조절을 정당화하는 견해를 가리킨다. 행위규범과 통제규범의 구별은 하나의 헌법 규범이 입법자에게는 행위규범으로 사법부에게는 통제규범으로 기능하므로, 적용강도를 달리할 수 있다는 입장을 말한다. 자세한 내용은 위 논문 참조).

917) 방승주, 위의 논문(2008. 12.), 제119-134쪽. 이 견해는 사실관계와 생활영역의 구체적인 범주로 외교, 국방, 통일, 기타 국가안위에 관한 정책, 경제정책, 사회보장, 사회복지, 노동영역, 사회, 문화적 영역을 들고, 헌법의 규정양식을 기준으로 한 구분으로는 입법위임과 법률유보를 제시한다. 또한 입법형성의 자유의 한계규정에 관해서는 기본권제한입법과 기본권형성입법으로 나누어 전자에 관해 과잉금지원칙, 본질내용침해 금지, 평등의 원칙, 포괄위임입법금지의 원칙, 신외보호의 원칙, 적법절차 원칙을, 후자에 관해서는 헌법이 형성유보로 규정하고 있는 조항에 규정된 구체적인 조건을 입법형성의 자유의 제한요소로 든다.

한 위헌심사척도를 적용함에 있어 위헌의 결론에 이르기 쉽도록 엄격하게 적용할 것인지, 아니면 합헌의 결론에 이르기 쉽도록 완화하여 적용할 것인지의 문제도 입법재량 존중과 권력분립원리와 관련이 있다.

이와 같이 위헌심사척도의 선택과 선택한 위헌심사척도의 적용강도 조절 모두 권력분립의 원리와 관련이 있지만, 위헌심사척도의 선택에는 합헌과 위헌의 경향성을 정하는 것을 넘어서는 요소가 개입된다는 점에 유의할 필요가 있다. 위헌심사척도의 선택은 평등원칙과 과잉금지원칙 사이의 관계, 과잉금지원칙과 합리성심사와의 관계, 헌법원리위반 여부와 헌법 제37조 제2항과의 관계, 헌법 제37조 제2항의 해석론과 적용범위도 관련이 있다.⁹¹⁸⁾ 특히 헌법 제37조 제2항의 해석론에 관해서는 헌법 제37조 제2항이 “모든 자유와 권리는”이라고 규정하고 있으므로, 그 해석상 기본권 제한 상황에서 과연 합리성심사가 가능한 것인지를 해결할 필요가 있다.⁹¹⁹⁾ 그러나 선택한 위헌심사척도의 적용강도 조절은 위와 같은 문제들이 해결된 이후에 비로소 논의되므로 그러한 문제들과 직접적인 관련이 없다. 또한 위헌심사척도의 적용강도 조절은 위헌심사척도 적용시에 발생하는 불확실성을 해결하기 위한 것이지만, 위헌심사척도의 선택은 불확실성 해결과는 아무런 관련이 없다.

입법재량 존중의 세 가지 양상을 구별하지 않으면 입법재량 존중 이외의 추가적인 논거를 제시하지 않고도 손쉽게 위헌심사척도를 선택함으로써 결정의 설득력과 예측가능성이 낮아지는 결과를 초래하기도 한다. 뿐만 아니라 이러한 구별을 제대로 하지 않으면, 입법재량 존중 이외의 논거를 제시하지 않고도 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도를 손쉽게 변형하게 되기도 한다.⁹²⁰⁾

우리 판례에서 나타나는 입법재량의 발현양상 중 순수하게 권력분립의 원리만으로도 완전하게 정당화 될 수 있는 것은 ‘과잉금지원칙적용강도 완화 논거

918) 심사척도의 선택에 관한 논의로, 손상식, 위의 논문(2014. 12.), 제130-138쪽 참조. 헌법 제37조 제2항의 적용범위에 관한 논의로는 김하열, 위의 논문(2012. 12.), 제45-51쪽, 문재완, 위의 논문(2018), 제29-42쪽 참조. 헌법 제37조 제2항과 과잉금지원칙의 관계에 관해서는 장선미, 위의 책(2019), 제208-211쪽 참조.

919) 이에 관하여는 계획열, 위의 책(2007), 제131, 132쪽; 한수웅, 위의 책(2019), 500-505쪽; 허완중, 위의 논문(2019), 제11-23쪽 각 참조.

920) 우리 판례를 목적의 정당성 원칙과 수단의 적합성 원칙만 심사할지, 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙까지 모두 심사할지에 따라 완화된 비례성심사와 엄격한 비례성 심사의 두 가지 입장으로 파악하고, 어느 쪽에 의할 것인지를 정하는 것 자체가 가치평가의 과정이자 모종의 가치평가적 활동의 결과이기도 하다는 지적으로, 김도균, 권리의 문법-도덕적 권리, 인권, 법적 권리, 박영사(2008), 제284, 285쪽.

로서의 입법재량'뿐이다. '과잉금지원칙 적용 여부 결정의 논거로서의 입법재량'의 경우에는 과잉금지원칙을 선택하지 않는 이유로 입법재량 존중만을 제시하는 것은 부족하고, 헌법 제37조 제2항의 해석론 등 위헌심사척도 선택에 관련된 다른 문제들에 대한 대답을 추가로 제시하여야 하는 경우가 있기 때문이다. '과잉금지원칙의 변형 논거로서의 입법재량'의 경우에도 입법재량 존중만을 논거로 제시하는 것은 부족하다. 입법재량을 존중하여 과잉금지원칙적용강도를 다양화할 수 있음에도 불구하고 부득이하게 위헌심사척도를 변형하여야 할 이유를 추가로 제시하여야 하기 때문이다.

(2) 입법재량 존중을 근거로 한 과잉금지원칙 논증구조 변형의 부적절성

앞서 살펴본 바와 같이 헌법재판소의 결정례에서 입법재량 존중은 과잉금지원칙의 논증구조를 변형하는 논거로도 사용된다. 그러나 이는 여러 측면에서 적절하지 않은 것으로 보인다.

우선 헌법 제37조 제2항의 해석상 적절하지 않은 측면이 있다. 물론, 헌법재판소의 과잉금지원칙 법리가 헌법 제37조 제2항의 면밀한 해석론에 기반을 둔 것은 아니지만, 과잉금지원칙에 관한 문제를 헌법 제37조 제2항의 해석론에 근거하여 해결하여야 할 필요성은 매우 크다.⁹²¹⁾ 헌법소송도 사법작용인 만큼 예측가능성과 일관성이 있어야만 하는데, 사법작용의 예측가능성과 일관성은 사법재량이 법령이라는 문언의 한계에 항상 간혀 있기 때문에 확보되기 때문이다. 특히 과잉금지원칙의 경우 개별 사안에 특유한 각종의 비교형량 요소들을 종합적으로 고려하는 탓에 예측가능성이 낮고, 그 때문에 인권 보호에 취약하다는 비판이 제기되는 만큼,⁹²²⁾ 더욱 더 헌법 제37조 제2항의 문언상의 한계를 벗어나지 않도록 심혈을 기울일 필요가 있다. 그렇지 않으면 과잉금지원칙을 도구로 삼는 위헌법률심판은 정치적 의사결정에 불과하다는 비판을 벗어나기 어렵다.

헌법 제37조 제2항은 “필요한 경우에 한하여”라는 매우 제한적인 표현을 사용하고 있다. 만약 헌법 제37조 제2항이 “국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 법률로써”라고 규정했다면, 위와 같은 목적을 달성하기에 적합

921) 학설은 대체적으로 헌법 제37조 제2항의 “필요한 경우에 한하여”를 과잉금지원칙의 근거로 보고 있다. 다만 과잉금지원칙의 근거를 법치국가원리, 구체적으로는 헌법상 보장된 자유와 권리의 특성에서 찾아야 한다는 입장도 있다[김대환, 위의 논문(2006. 12.), 제40, 41쪽]

922) 예컨대, Jochen von Bernstorff 2016, *op. cit.*, pp. 70, 71.

한 법률이기만 하면 헌법 제37조 제2항을 만족시킨다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 헌법제정자가 굳이 “필요한 경우에 한하여”라는 표현을 추가한 것은 단순히 목적 달성에 적합하다는 합리성을 넘는 무언가를 요구하고 있다고 해석하는 것이 논리적이다.

이를 과잉금지원칙의 네 가지 하위 원칙과 결부시켜보면, 기본권 제한의 헌법적 정당성을 판단함에 있어, 피해의 최소성 원칙이나 법익의 균형성 원칙 중 어느 하나 혹은 둘 다를 생략하는 것은 “필요한 경우에 한하여”라는 헌법 규정의 해석의 범위를 넘어서는 것으로 보인다.⁹²³⁾ 그러므로 현행 헌법의 해석상 과잉금지원칙이라는 위헌심사척도를 변형하여 여러 가지 위헌심사척도를 만들어 내는 것보다는, 과잉금지원칙적용강도를 다양화하여 과잉금지원칙을 적용하는 것이 바람직하다.⁹²⁴⁾

다음으로 심사의 일관성, 설득력, 법적 안정성 측면에서 적절하지 않은 측면이 있다. 과잉금지원칙의 논증구조가 입법재량 존중을 근거로 손쉽게 변경 가능한 것이 되면, 같은 과잉금지원칙이라는 이름 아래 여러 가지 위헌심사척도가 모여 있게 되고, 과잉금지원칙심사의 법적 안정성이 떨어질 수밖에 없다. 앞서 살펴본 바와 같은 캐나다 연방대법원의 *Oakes* 심사이든 우리 선례의 과잉금지원칙 적용이든 이러한 이유 때문에 논증구조상 상당한 혼란이 빚어졌다. 반면 일단 위헌심사척도를 과잉금지원칙으로 선택한 후에 그 적용강도를 다양화하는 것은 과잉금지원칙의 각 하위 원칙의 판단 구조를 변형하지 않으므로, 심사의 일관성과 설득력, 논리성을 한결같이 유지할 수 있다. 또한 적용강도를 다양화하는 이유들을 체계적으로 세워 나갈 수도 있다. 문제 상황이 과잉금지원칙의 각 하위 원칙 적용에 있어 불확실성의 해결로 압축되기 때문이다. 따라서 과잉금지원칙적용강도를 조절함으로써 심사의 강약을 조절할 수 있음에도 불구하고 법적 안정성을 해치면서까지 과잉금지원칙의 논증구조를 변형할 실익을 찾기 어렵다. 이하에서는 이러한 관점에서 입법재량을 존중 정도를 조절함으로써 과잉금지원칙적용강도를 다양화하는 구체적인 방안을 모색하기로 한다.

923) 이에 반대하는 견해로, 허완중, 위의 논문(2019), 제24쪽.

924) 유사한 맥락에서, deference 부여 정도를 달리하는 것은 입법, 집행, 사법부의 의사 결정과정의 장점과 약점을 법원으로 하여금 인식할 수 있게 하는 것에 그쳐야 하는 것이고, 영국 인권법에 의해 형성된 사법심사의 구조적 측면인 과잉금지원칙을 포기하는 데까지 나아가서는 안 된다는 지적으로, Roger Masterman 2011, *op. cit.*, pp. 129, 139.

2. 과잉금지원칙적용강도의 다양화

가. 논의의 방향

과잉금지원칙적용강도에 관한 일반이론들에 대한 분석을 통해 과잉금지원칙적용강도는 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도와는 무관한 별도의 요소들에 의해 정해진다는 점, 과잉금지원칙적용강도는 권력분립원리라는 틀 안에서 정해야 한다는 점, 법률에 대한 사법심사에서 과잉금지원칙적용강도를 정하는 요소로 적어도 기본권 제한의 정도, 입법부의 민주적 정당성, 입법부의 사법부에 대한 상대적 전문성의 세 가지를 고려할 수 있다는 점을 알 수 있었다. 또한 이와 같은 점들이 *Oakes* 심사에 있어 deference 법리에 어떻게 반영되어 구체적으로 구현되는지 살펴보았다.

우리 헌법은 권력분립의 원리를 채택하고 있고, 헌법재판소에 위헌법률심판권을 부여하고 있으며, 입법부는 대의민주주의에 기반하여 작동한다. 따라서 앞서 과잉금지원칙적용강도의 일반이론에서 살펴보았던 과잉금지원칙적용강도 다양화 정도와 사유에 관한 법리들을 대부분 적용할 수 있다. 또한 캐나다 연방대법원이 과잉금지원칙적용강도 조절의 요인으로 삼은 요소들도 우리나라의 과잉금지원칙 과잉금지원칙적용강도 조절의 요인으로 참고할 수 있다. 다만, 그 각각이 어떠한 정도로 고려되어야 할지는 우리 헌정사, 우리의 정치 문화, 우리 헌법의 규정과 사회 현실을 종합적으로 고려하여 사안별로 달리 정하여야 한다.

과잉금지원칙적용강도에 대한 캐나다 연방대법원의 deference 법리나 그에 관한 이론적 논의를 살펴 시사점을 얻고자 할 때 두 가지 주의할 점이 있다. 첫째는 과잉금지원칙적용강도는 완화 혹은 강화 어느 한 쪽이 기본값인 것이 아니라 그 정도는 사건별로 개별 구체적으로 판단하여야 한다는 점이다. 둘째는 과잉금지원칙의 완화를 정당화하는 권력분립원리의 분업과 협동의 측면을 소홀히 하지 않아야 한다는 점이다.

과잉금지원칙적용강도는 귀납적 해결에 어울리는 과제인 이상, 이 논문에서 우리 헌법상 과잉금지원칙적용강도 결정에 관한 일반론을 제시하는 것은 불가능하고 부적절하다. 이를 감안하여, 앞서 살펴 본 과잉금지원칙적용강도 일반이론을 우리나라의 현실에 적용함에 있어 특별히 고려하여야 할 점들을 점검

해 보기로 한다.

나. 과잉금지원칙적용강도 다양화의 단계

과잉금지원칙적용강도는 강/중/약의 3단계로 나눌 수도 있고, 강/약의 2단계로 나눌 수도 있다. 단계를 많이 나눌수록 정교한 적용이 가능하지만, 각 단계의 경계에 있는 사안의 양도 늘어나서 불확정성도 늘어난다. 우리나라에서 과잉금지원칙 적용강도 논의는 충분히 성숙한 단계로 보기 어려우므로 일단 불확정성이 적은 2단계 적용강도에서부터 출발하는 것도 좋은 방법이 될 수 있다. 이러한 취지에서 ‘강/약’의 2단계 적용강도를 상정해 보면, 아래 <표 6>과 같이 과잉금지 원칙의 네 가지 하위 원칙 각각에 대해 강화된 심사와 완화된 심사의 두 가지 선택지가 가능하다.

<표 5> 과잉금지원칙의 각 하위 원칙별 2단계 심사강도 선택지

위헌 심사척도	목적의 정당성		수단의 적합성		피해의 최소성		법익의 균형성	
적용강도	강	약	강	약	강	약	강	약

따라서 이론상로는 네 가지 하위 원칙을 모두 강하게 심사하는 조합에서 시작하여, 모두 약하게 심사하는 조합까지 총 열여섯 가지(=2×2×2×2)의 과잉금지원칙적용강도 조합이 가능하다. 물론, 이는 이론상의 가능성에 그친다.

현실적으로는 목적의 정당성 원칙과 수단의 적합성 원칙은 과잉금지원칙 적용에 있어 그다지 중요한 역할을 하지 않으므로, 목적의 정당성 원칙과 수단의 적합성 원칙의 강약 조절을 별개의 조합으로 구성할 실익은 적다. 즉, 목적의 정당성을 강하게 심사하면 수단의 적합성도 강하게 심사하고, 목적의 정당성을 약하게 심사하면 수단의 적합성도 약하게 심사하는 것으로 족하다. 또한 과잉금지원칙의 각 하위 원칙은 목적의 정당성원칙에서 법익의 균형성 원칙으로 향해갈수록 통과하기 어려우므로, 앞 단계 하위 원칙의 적용강도보다 뒷 단계 하위 원칙의 적용강도를 약하게 적용할 실익 또한 적다. 예컨대 피해의 최소성 원칙을 강하게 적용하고 법익의 균형성 원칙을 약하게 적용한다든가, 목적의 정당성 원칙을 강하게 적용하고 그 이후의 하위 원칙들은 약하게 적용하는 조합은 활용할 실익이 적다. 이와 같은 점을 고려하면, 실무상으로는 아래 <표

6>과 같이 네 가지의 과잉금지원칙적용강도가 활용 가능할 것으로 예상된다.⁹²⁵⁾

<표 6> 실무상 활용 가능한 과잉금지원칙적용강도의 조합

위헌심사 척도 순번	목적의 정당성	수단의 적합성	피해의 최소성	법익의 균형성
I	강	강	강	강
II	약	약	강	강
III	약	약	약	강
IV	약	약	약	약

이하에서는 과잉금지원칙 중 우리나라 판례에서 중심적인 역할을 하는 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙이라는 하위 위헌심사척도의 적용강도를 다양화하는 방법을 중점적으로 검토한다.

(1) 피해의 최소성 원칙의 적용강도 다양화

피해의 최소성 원칙에 있어서 적용강도의 다양화는 ‘목적달성 동일성 검증단계’, ‘대가 동일성 검증단계’, ‘제한 완화 검증단계’ 각각에서 가능하다. 다만, 피해의 최소성 원칙은 입법대안이 위 각 검증단계를 통과하는지에 초점이 맞추어져 있고, 입법대안이 위 각 검증단계를 모두 통과하면 심판대상조항은 위헌의 결론에 이른다. 따라서 위 각 검증단계를 엄격하게 심사하면 할수록 입법대안은 위 각 검증단계를 통과하기 어려워지고, 결국 심판대상조항은 합헌의 결론에 이르기 쉽게 된다. 요컨대, 피해의 최소성 원칙의 각 하위 검증단계의 엄격성과 심판대상조항이 합헌에 이를 가능성은 서로 반대되는 관계에 있다.

우선, ‘목적달성 동일성 검증단계’에 관해서는 입법대안이 심판대상조항과 완전히 같은 정도로 입법목적 달성을 해야 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 통과하는 것으로 볼 것인지, 아니면 어느 정도 유사하게 입법 목적을 달성하는 경우에도 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 통과하는 것으로 볼 것인지의 두 가지 입

925) 다만, “방법의 적정성 단계에서 인정하던 입법자의 평가의 우선권을 갑자기 피해의 최소성 원칙 단계에서 빼앗아 오는 것은 심사기준적용의 일관성 측면에서 문제가 있을 수 있다고 생각된다.”는 견해도 있다[방승주, 위의 논문(2008. 12.), 제130쪽]. 과잉금지원칙을 적용함에 있어 의회의 판단이 과연 합리적인 것인지 아니면 명백한 오류인지 여부를 심사하여야 하고 이러한 완화된 적용강도를 ‘합리성심사’로 표현하는 견해도 있다[강승식, 위의 논문(2011), 제69쪽].

장이 가능하다. 전자에 의할 경우 입법대안은 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 통과하기 어려워지고, 심판대상조항은 합헌에 이르기 쉬워진다. 따라서 전자는 과잉금지원칙적용강도를 완화하는 것이 된다. 반대로 후자와 같이 입법대안이 심판대상조항과 어느 정도 같은 정도로 입법목적 달성을 하는 경우에도 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 통과하는 것으로 볼 경우에는 이를 통과하는 입법대안을 보다 쉽게 상정할 수 있으므로 심판대상조항은 피해의 최소성 원칙 위반으로 위헌으로 선언될 가능성이 높아지고, 따라서 심판대상조항에 대한 과잉금지원칙적용강도는 강해진다.

다음으로, ‘대가 동일성 검증단계’에 관해서는 입법대안이 심판대상조항보다 조금이라도 더 많은 비용을 들이는 경우에도 ‘대가 동일성 검증단계’ 위반으로 볼 것인지, 아니면 경미한 추가비용에 관해서는 입법대안이 심판대상조항과 같은 비용을 들이는 것으로 판단할 것인지의 두 가지 입장이 가능하다. 이 경우에도 위 검증단계를 엄격하게 보는 것은 곧 심판대상조항에 대한 과잉금지원칙적용강도를 완화하는 결과를 낳게 된다. 전자와 같이 입법대안이 심판대상조항보다 조금이라도 더 많은 비용을 들이는 경우에도 ‘대가 동일성 검증단계’ 위반으로 본다면, 이를 만족하는 입법대안을 찾기는 어려워진다. 이는 결국 심판대상조항이 합헌이 될 가능성을 높이게 되므로 심판대상조항에 대한 과잉금지원칙적용강도를 완화하는 것에 해당된다. 반대로, 후자와 같이 경미한 추가비용이 드는 경우에는 심판대상조항과 입법대안이 입법목적 달성을 위해 동일한 대가를 치르는 것으로 판단한다면, 입법대안은 이 판단 단계를 통과하기 쉬워진다. 그 결과 심판대상조항은 위헌으로 선언될 가능성이 높아지므로, 후자는 심판대상조항에 대한 과잉금지원칙적용강도를 강화하는 것이다.

또한, ‘제한 완화 검증단계’의 경우 입법대안이 심판대상조항보다 기본권 제한 정도가 상당히 적어야 ‘제한 완화 검증단계’를 통과하는 것으로 볼 것인지, 아니면 조금이라도 적으면 ‘제한 완화 검증단계’를 통과하는 것으로 볼 것인지의 두 가지 입장이 가능하다. 전자처럼 입법대안이 심판대상조항보다 기본권 제한 정도가 상당히 적어야 ‘제한 완화 검증단계’ 통과한다고 본다면, 이를 만족시키는 입법대안을 찾기는 어려워진다. 따라서 심판대상조항은 합헌으로 선언될 가능성이 커지므로, 전자와 같이 볼 경우 심판대상조항에 대한 과잉금지원칙적용강도는 약해진다. 반대로 후자와 같이 입법대안이 심판대상조항보다 기본권 제한 정도가 조금이라도 적으면 ‘제한 완화 검증단계’를 통과하는 것으로

로 인정한다면, 이를 만족시키는 입법대안을 찾기는 쉬워진다. 이는 심판대상조항이 위헌으로 선언될 가능성이 커진다는 의미이므로, 후자는 심판대상조항과의 관계에서 과잉금지원칙적용강도를 강화하는 것에 해당된다.

이와 같이 ‘목적달성 동일성 검증단계’, ‘대가 동일성 검증단계’, ‘제한 완화 검증단계’의 적용강도를 다양화하는 것은 피해의 최소성 원칙이라는 위헌심사척도의 눈금을 얼마나 세밀하게 매길 것인가의 문제이다.⁹²⁶⁾ 이와 같은 적용강도 다양화 가능성을 염두에 두지 않으면, 같은 피해의 최소성 원칙을 두고도 입법형성권을 극도로 제한하는 강력한 위헌심사척도라는 견해도 가능하고,⁹²⁷⁾ 특별한 사정이 없는 한 통과하기 쉬운 위헌심사척도에 불과하다는 견해도 가능하다. 이러한 두 가지 입장 모두 맞기도 하고 모두 틀리기도 하다. 피해의 최소성 원칙은 적용강도를 다양화함으로써 강력한 위헌심사척도로도, 또는 통과하기 쉬운 위헌심사척도로도 사용할 수 있기 때문이다.⁹²⁸⁾

요컨대, 완화된 강도의 피해의 최소성 원칙 심사의 내용은 다음과 같다.

어떠한 입법대안이 ① 다른 모든 조건이 완전히 동일한 상태에서 ②심판대상조항과 완전히 동일한 정도로 입법목적 달성을 할 수 있을 것, ③ 심판대상조항보다 기본권 제한 정도가 현저히 적을 것

어떠한 입법대안이 위와 같은 세 가지 요건을 만족시키는 경우에 비로소 심판대상조항을 피해의 최소성 원칙에 위반되는 것으로 판단한다면, 대부분의 입법대안은 피해의 최소성 원칙을 만족시킬 수 없게 되어, 심판대상조항은 쉽게 피해의 최소성 원칙을 통과할 수 있다.

반대로, 적용강도를 강화하는 경우 피해의 최소성 원칙의 내용은 다음과 같

926) 이에 관해서는 Julian Rivers 2007a, *op. cit.*, pp. 183-185도 참조.

927) 예컨대, 피해의 최소성 원칙은 입법형성권을 극도로 제한하므로 자유권에 대한 위헌심사기준으로서의 과잉금지원칙의 내용으로 타당할 뿐이고, 참정권, 청구권에 대한 위헌심사에는 적합하지 않다는 견해나[김하열, 위의 논문(2012. 12.), 58쪽], 피해의 최소성 원칙 심사는 목적 달성 수단 중 관념상 오로지 하나의 대안만이 피해의 최소성 원칙을 충족하는 것이므로, 정의상 매우 엄격하다는 견해들[정주백, 위의 논문(2015. 12.), 261쪽] 들 수 있다.

928) 다만 일반적으로 말하자면, 입법목적 달성의 정도와 기본권 제한의 정도는 제로섬 관계에 있는 경우가 많기 때문에 피해의 최소성 원칙을 만족하는 입법대안을 찾기는 쉽지 않다. 따라서 피해의 최소성 원칙은 통상적인 경우 통과하기 용이한 위헌심사척도로 작동한다(Kai Möller 2016, *op. cit.*, p. 34 참조). 필자는 과거에 ‘피해의 최소성 원칙이 매우 엄격한 기준이어서 이를 일률적으로 적용하는 것은 현실적으로 존재하는 다양한 기본권 제한법률에 대하여 비례에 맞는 심사를 할 수 없는 문제가 있다’고 주장한 적이 있으나[이재홍, 위의 논문(2014. 12.), 제 25-31쪽], 이는 피해의 최소성 원칙에 대한 이해가 부족했던 데에서 기인한 오류이므로, 이러한 과거의 견해는 변경한다.

다.

어떠한 입법대안이 ① 다른 모든 조건이 어느 정도 동일한 상태에서, ② 심판대상조항과 어느 정도 동일하게 입법목적의 달성할 수 있을 것, ③ 심판대상조항보다 기본권 제한 정도가 어느 정도 적을 것

완화된 피해의 최소성 원칙에 비해 위와 같은 내용의 강화된 피해의 최소성 원칙을 만족시키는 입법대안은 찾아낼 수 있는 가능성이 더 크다.

(2) 법익의 균형성 원칙의 적용강도 다양화

법익의 균형성 원칙의 적용강도 다양화 정도는 결국 ‘심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항에 의해 제한되는 기본권의 구체적인 가치’ 사이의 균형이 이루어졌는지의 불명확성에서 발생한다. 따라서 법익의 균형성 원칙의 적용강도를 완화시키면 다음과 같다.⁹²⁹⁾

‘심판대상조항에 의해 제한되는 기본권의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항이 달성하는 입법목적의 구체적인 가치’를 비교해 볼 때 그 균형관계가 현저히 깨져서 기본권 제한을 수인하라고 요구하는 것이 매우 부당할 것

반대로, 적용강도를 강화하는 경우 법익의 균형성 원칙의 내용은 다음과 같다.

‘심판대상조항에 의해 제한되는 기본권의 구체적인 가치’와 ‘심판대상조항이 달성하는 입법목적의 구체적인 가치’를 비교해 볼 때 그 균형관계가 깨져서 기본권 제한을 수인하라고 요구하는 것이 부당할 것

요컨대, 적용강도를 완화한 법익의 균형성 원칙과 강화한 법익의 균형성 원칙의 차이는 균형관계가 ‘현저히’ 깨질 것을 요구하는지 여부이다.

다. 과잉금지원칙적용강도 다양화의 사유

앞서 *Oakes* 심사에 있어 deference에 대한 이론적 분석 부분에서

929) “헌법재판소는 입법자와의 권력분립의 관점에서 입법목적과 기본권제한의 수단이 적절한 비례관계에 있는지에 관한 적극적인 확인이 아니라, 수단과 목적이 적절한 비례관계를 현저하게 일탈하였는지에 관한 소극적인 확인에 그쳐야 한다.”는 견해로, 한수용, 위의 책(2019), 제500쪽.

deference 부여 사유를 유형화 하면서 살펴본 바와 같이, 이론적 관점에서 과잉금지원칙적용강도의 다양화 사유는 특정 사안에 관한 권한 행사의 헌법적 정당성과 특정 사안에 관한 구체적 전문성의 관점에서 입법부에 우위가 있는 사유와 사법부에 우위가 있는 사유로 나누어 볼 수 있다. 사안의 성격이 민주적 정당성에 근거한 결단이 필요한 것인지, 기본권 보호에 근거한 신중한 심사가 필요한 것이냐가 특정 사안에 관한 권한 행사의 헌법적 정당성 판단이고, 입법부와 사법부를 비교해 보았을 때 어느 한 쪽에 당해 사안에 관하여 상대적인 전문적 능력을 인정할 수 있는지가 특정 사안에 관한 구체적 전문성 판단이다. 이 두 가지 과잉금지원칙적용강도 결정 요소들의 개별 사건에서 어떻게 구체적으로 발현되는지에 관한 목록은 계속하여 확장될 수 있다.

과잉금지원칙적용강도를 결정하는 요소들은 한 사건에서도 여러 가지가 있을 수 있고, 요소들마다 중요도를 달리할 수 있으므로, 과잉금지원칙적용강도의 다양화 사유들을 종합적으로 판단하여 당해 사안에 적합한 과잉금지원칙적용강도를 결정하는 것이 바람직하다. 특히, 다양화 사유들 중 ‘법률에 의한 구체적 형성이 필요한 기본권’은 그에 관한 입법재량이 ‘법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.’라는 헌법 조항에 직접 근거를 두고 있으므로, 반드시 고려하여야 한다. 앞서 살펴본 헌법재판소 판례들과 이에 관한 학설상 논의되는 입법재량 존중의 사유들을 위와 같은 이론적 분석틀을 전제로 분류해 보면 아래 <표 7>과 같다.

<표 7> 헌법재판소의 판례 및 학설상 입법재량 존중 사유의 분류

	입법부 우위	사법부 우위
권한 행사의 헌법적 정당성	<ul style="list-style-type: none"> ○ 사회적 연관성 ○ 자격 제도 마련 ○ 법률에 의한 구체적 형성이 필요한 기본권 ○ 경제정책, 사회정책 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 개인 연관성 ○ 개인의 핵심적 기본권
구체적 전문성	<ul style="list-style-type: none"> ○ 선거 제도 ○ 외교, 국방, 통일 정책 	

라. 과잉금지원칙적용강도의 명시 위치

과잉금지원칙적용강도를 결정문 중 어느 부분에 명시할 것인지는 다분히 실무적인 쟁점이지만, 이를 제대로 해결하려면 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도와 과잉금지원칙적용강도의 이론적 개념 구별이 전제가 되어야 한다. 과잉금지원칙적용강도는 과잉금지원칙 적용 과정에서 발생하는 불확실성을 해결하는 경향성을 선언하는 것이므로, 본격적인 4단계 심사에 들어가기 직전에 밝힐 수 있다. 이렇게 하면 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도와 과잉금지원칙적용강도의 논의가 뒤섞이는 혼란을 막을 수 있고, 과잉금지원칙적용강도를 결정문에서 항상 밝히도록 하여 자의적인 판결을 막을 수 있다. 예컨대, *Hutterian Brethren* 판결⁹³⁰⁾ 중 *Oakes* 심사 부분의 목차는 아래와 같다.

(2) 헌장 제2(a)조 권리의 제한이 헌장 제1조에 의해 정당화 되는가?

(a) 제한은 법률에 의한 것인가?

(b) 제한은 긴절하고 중대한 목적을 위한 것인가?

(c) 목적 달성을 위한 수단은 비례성이 있는가?

(i) 제한이 목적과 합리적으로 관련되는가?

(ii) 제한이 권리를 최소한으로 침해하는가?

(iii) 법률은 그 효과에 있어 비례적인가?

이 판결에서 캐나다 연방대법원은 과잉금지원칙적용강도에 대한 설시를 위 (2) 항목의 첫 부분에서 한다. 이 부분에서 네 단락에 걸쳐 과잉금지원칙적용강도에 대해 먼저 실시한 다음,⁹³¹⁾ (a) 요건부터 차례로 심사한다. 또한 Bastarache 대법관은 Thomson Newspapers 등 일련의 판결에서 해약의 속성 및 측정의 불가능성, 정부가 법률로 보호하고자 하는 집단의 취약성, 해약에 대한 해당 집단의 주관적 인식, 제한되는 행위의 속성이라는 네 가지 요소를 *Oakes* 심사 시작 전에 차례로 검토하여 deference의 정도를 논하는데,⁹³²⁾

930) [2009] 2 S.C.R. 567

931) *Ibid.*, paras. 35-38.

932) *Thomson Newspaper v. Canada(A.G.)*, [1998] 1 S.C.R. 877, paras. 90-95; *Harper v.*

이러한 방식 역시 Oakes 심사의 하위척도와 Oakes 심사의 적용강도를 분명히 분리하는 논증구조이다.

물론 사건에 따라서는 과잉금지원칙의 각 하위 원칙의 판단 부분에서 불명확성이 본격적으로 문제될 때 과잉금지원칙적용강도에 대해 밝혀주는 것이 적절한 경우도 있다.⁹³³⁾ 예컨대, 각 하위 원칙마다 그 적용강도를 달리하여야 할 사정이 있는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에도 그것이 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도는 변형시키지 않고, 그 적용강도만을 조절하는 것임을 분명히 밝혀야 혼동을 막을 수 있다. 또한 과잉금지원칙적용강도를 각 하위 원칙 적용 전에 밝히든, 그 적용 과정에서 밝히든 이를 결정문에 분명히 표시하는 것이 무엇보다 중요하다.⁹³⁴⁾

Canada(Attorney General) [2004] 1 S.C.R. 827. paras. 76-88.

933) 평등원칙이 쟁점인 판례이기는 하나, 예컨대 *M. v. H.* [1999] 2 S.C.R. 3 판결에서 Iacobucci 대법관은 최소피해성 단계에서 deference 부여의 정도에 대해 판시한 반면(*Ibid.*, paras. 81, 125-131), Bastarache 대법관은 Oakes 심사의 각 하위 원칙을 검토하기 직전에 deference에 관해 판시한다(*Ibid.*, paras. 294-321).

934) 비교형량의 대상에 관한 근거자료들의 신뢰성과 과잉금지원칙의 적용강도를 정당화하는 요소들을 명확하게 제시함으로써 비로소 논증의 투명성이 확보되고, 결론의 정확성도 높아질 뿐 아니라 검증 가능한 것이 된다는 점에 관하여 Jorge Silva Sampaio 2018, *op. cit.*, p. 94.

제5장 결론

제1절 연구결과의 종합정리

[캐나다 연방대법원의 Oakes 심사]

- 캐나다 연방대법원은 1986년 *Oakes* 판결에서 법률의 캐나다권리자유헌장 상 권리 침해 여부를 판단하는 *Oakes* 심사를 정립하였다. *Oakes* 심사는 캐나다권리자유헌장 제1조의 일반적 법률유보 규정의 해석론으로서 제시된 것인데, 목적의 충분한 중요성, 합리적 관련성, 최소피해성, 효과의 비례성의 4단계로 구성된다.
- *Oakes* 판결 이후 최소피해성은 일의적인 의미로 사용되지 않았고, *Oakes* 심사의 논증구조는 최소피해성에서 형량을 포함한 대부분의 논증을 하는 형태가 대세를 이루었다. 그 후, 2009년 선고된 *Hutterian Brethren* 판결을 계기로 최소피해성과 효과의 비례성을 엄격히 구별하고, 형량은 효과의 비례성에서 수행하는 방식의 논증구조가 형성되고 있다.
- *Oakes* 심사에 있어 각 하위 심사척도를 적용하는 강약의 조절은 입법재량의 존중 정도를 의미하는 deference 법리를 통해 이루어진다. 캐나다 연방대법원은 헌장 제1조에 근거를 두고 *Oakes* 심사에 있어 deference 법리를 귀납적으로 형성해 왔다.
- 캐나다 연방대법원은 *Oakes* 심사에 있어 deference 부여 정도를 결정하는 요소로 심판대상조항이 대립하는 이해관계를 조정하기 위한 법률인지 여부, 사회문제에 대처하기 위한 복잡한 규제조치인지 여부, 사회적 약자를 보호하기 위한 법률인지 여부, 과학적 증거 제시가 곤란한지 여부 등을 고려한다.

[과잉금지원칙에 대한 이론적 분석]

- 과잉금지원칙의 하위 원칙 중 피해의 최소성 원칙의 본질은 심판대상조항의 효율성 검증이다. 이는 ‘입법대안 존부 검증단계’, ‘목적달성 동일성 검증단계’, ‘대가 동일성 검증단계’, ‘제한 완화 검증단계’의 4단계의 세부 심사로 이루어진다. 피해의 최소성 원칙 판단에서는 심판대상조항이 달성하는

입법목적의 정도가 입법대안도 달성해야만 하는 주어진 목표치로 취급된다.

- 과잉금지원칙의 하위 원칙 중 법익의 균형성 원칙은 '심판대상조항에 의해 달성되는 입법목적의 구체적인 가치'와 '심판대상조항에 의해 제한되는 기본권의 구체적인 가치' 각각을 규범적으로 측정한 다음, 그 측정 결과를 규범적으로 비교하는 2단계 판단으로 이루어진다. 법익의 균형성 원칙 판단의 초점은 헌법상 권리 제한의 심각성을 헌법상 정당화할 수 있는지 여부이므로, 헌법상 권리 제한의 심각성에 견주어 심판대상조항의 입법목적 달성 정도 자체에 대해 의문을 제기한다.
- 피해의 최소성 원칙은 비교형량을 내용으로 하지 않으므로, 입법대안을 여러 개 상정할 수 있는 경우가 아닌 한 통상 많은 양의 논증 없이 결론을 내릴 수 있다. 반면, 법익의 균형성 원칙은 대립하는 가치들 사이의 구체적 비교형량을 내용으로 하는 규범적 판단이므로, 설득력 있는 근거 제시를 위해 통상 많은 양의 논증이 필요하다. 법익의 균형성 원칙에서 비교형량이 이루어지므로, 법익의 균형성 원칙이 과잉금지원칙의 핵심이다.
- 과잉금지원칙을 위헌심사척도로 선택한 후 그 적용과정에서 불확실성이 발생할 수 있는데, 이는 입법재량 존중의 정도를 조절함으로써 해결할 수 있다. 그 결과 위헌의 결론에 이를 경향성의 정도가 달라지는데, 이를 '과잉금지원칙적용강도'로 개념화 할 수 있다.
- 불확실성 해소 단계뿐 아니라, 그 전인 위헌심사척도 선택 단계에서도 입법재량 존중의 정도가 고려될 수도 있다. 그 결과 위헌의 결론에 이를 경향성의 정도가 달라지는 정도를 '과잉금지원칙적용강도'와 구별하여 '위헌심사강도'로 개념화할 수 있다.
- 과잉금지원칙적용강도 조절은 각 하위 원칙별로 가능하고, 이를 결정하는 요소로는 민주적 정당성, 입법부의 상대적 전문성, 헌법상 권리 제한의 심각성 등이 있다. 커먼로 국가들의 경우 과잉금지원칙적용강도 조절은 deference 법리에 의한다.
- 과잉금지원칙적용강도는 다양한 사건을 통해 점차 전모가 드러나는 귀납적 해결에 적합한 문제라 할 수 있다. 과잉금지원칙적용강도의 강화는 권력분립원리의 견제와 균형에 의하여, 완화는 권력분립원리의 분업과 협동에 의하여 정당화 할 수 있다.

[Oakes 심사에 대한 이론적 관점에서의 평가]

- Oakes 심사의 논증구조는 최소피해성 중심 논증유형과 효과의 비례성 중심 논증유형으로 나누어 볼 수 있다. *Hutterian Brethren* 판결에서 제시된 효과의 비례성 중심 논증유형에 의할 때 비교형량을 충실하게 할 수 있고, 심사의 효율성을 높일 수도 있기 때문에 과잉금지원칙의 장점을 충분히 구현할 수 있다.
- 캐나다 연방대법원은 Oakes 심사의 적용강도 조절을 deference 법리를 통해 정당화한다. 이는 과잉금지원칙의 적용 과정에서 발생하는 불확실성을 해결하기 위한 것이다. deference 부여 정도는 사건별로 개별 구체적으로 결정되므로, 사건별로 deference 부여 정도에 관한 분명한 근거를 제시하는 것이 중요하다.
- Oakes 심사에 있어 deference 법리는 과잉금지원칙의 각 하위 원칙별 적용강도의 다양화 및 그 적용강도 결정을 뒷받침하는 근거의 측면에서 과잉금지원칙적용강도 조절에 관한 이론들을 통해 설명할 수 있다. deference 부여 정도를 결정하는 사유들은 특정 사안에 대한 권한 행사의 헌법적 정당성에 관한 사유들과 구체적 전문성에 관한 사유들로 나누어 분석할 수 있다.
- 과잉금지원칙의 논증구조와 적용강도에 관한 캐나다 연방대법원의 판결들은 하나의 일관된 목소리를 내고 있지 않고, 모든 판결에서 자세한 근거가 제시되는 것도 아니다. 하지만, 논증구조와 적용강도에 관한 법리적 논쟁이 판결문을 통해 면면히 이루어져 오고 있다는 점은 긍정적으로 평가할 수 있다.

[우리나라에의 시사점]

- 헌법재판소의 과잉금지원칙의 논증구조는 4단계 하위 원칙을 명확히 구별하지 않는 미분화형 논증유형, 4단계 하위 원칙을 구별하되 피해의 최소성 원칙에서 형량을 하지 않는 완전 분화형 논증유형, 4단계 하위 원칙을 구별하되 피해의 최소성 원칙에서 형량을 하는 불완전 분화형 논증유형의 셋으로 유형화할 수 있다.
- 완전 분화형 논증유형에 의할 때 온전한 비교형량을 통한 설득력 있는 결론 도출, 헌법재판소의 권한 남용 방지, 판단의 효율성 확보와 같은 과잉금

지원칙의 장점을 제대로 실현할 수 있다. 따라서 완전 분화형 논증유형으로 전환하는 것이 바람직하다.

- 헌법재판소 결정례에서 입법재량 존중은 과잉금지원칙 적용 여부, 과잉금지 원칙적용강도 완화, 과잉금지원칙 논증구조의 변형의 세 가지 국면에서 작용한다. 하지만, 권력분립원리에 근거한 입법재량 존중만으로도 정당화되는 과잉금지원칙적용강도 완화와 달리, 과잉금지원칙 적용 여부나 과잉금지원칙 논증구조의 변형은 입법재량 존중만으로 정당화하기에 부족하다.
- 입법재량 존중을 근거로 한 과잉금지원칙 논증구조의 변형은 과잉금지원칙 적용의 일관성과 설득력을 떨어뜨리므로, 그보다는 과잉금지원칙의 논증구조는 일관되게 유지하는 가운데, 과잉금지원칙적용강도의 다양화 방안을 모색하는 것이 바람직하다.
- 과잉금지원칙적용강도는 크게 4단계로 구별하는 방안을 생각해볼 수 있다. 특정 사건에서 과잉금지원칙적용강도를 정했다면, 그 근거를 결정문에 분명히 제시하는 것이 중요하다.

제2절 과잉금지원칙 연구의 좌표와 전망

헌법재판은 당연히 해야 되는 재판인 것도 아니고 헌법재판소 역시 당연히 있어야 할 국가기관도 아니다. 헌법재판이 없었던 시대가 훨씬 길고, 헌법재판소가 없는 나라도 많다. 즉, 헌법재판이나 헌법재판소는 특정 시대에 특정한 국민들의 필요에 따라 만든 것이기 때문에 언제든지 없어져도 이상한 것이 아니다. 헌법상 권리의 보편성과 헌법재판소 역시 필연적인 관련성이 없다. 국회가 헌법상 권리 수호의 역할을 전적으로 담당할 수도 있고, 국가인권위원회나 국제인권재판소가 헌법상 권리의 감시자 역할을 담당할 수도 있다.

법률은 국민의 대표자들이 국회에 모여 결정한 국가의사의 결정체이다. 법률에 체화된 국가의사의 당부를 다수결을 통해 다시 검증하고자 한다면, 헌법재판소 대신 상원을 만들어도 된다. 상원에 그러한 권한을 부여하는 것이 민주적 정당성의 측면에서 더욱 적절하기도 하다. 그럼에도 불구하고 직접적인 민주적 정당성이 없는 헌법재판소에 법률을 무효로 할 수 있는 권한을 부여한 이유는 헌법재판소가 사법적 기능을 하기 때문이다.

사법적 기능의 핵심은 재판관들이 모여 가중다수결로 위헌 여부를 결정한다는 데에 있지 않다. 가중다수결이 중요하다면, 상원을 만들어 가중다수결로 법률의 위헌 여부를 결정하게 하면 된다. 입법작용과 구별되는 사법작용의 뚜렷한 특징은 '법률해석에 기반한 이유 제시'에서 찾을 수 있다. 헌법재판소도 헌법해석이라는 수단을 이용하여 결정의 이유를 제시함으로써 사법적 기능을 꽃피운다. 다수 혹은 가중 다수의 재판관이 법정의견에 동의했다는 사실만으로는 직접적인 민주적 정당성을 가진 국회가 만든 법률을 무효로 만들기에 턱없이 부족하다. 합헌 또는 위헌의 결론에 이른 이유를 낱낱이 밝힘으로써 그 결론에 반대하는 사람들도 논리적이고 이성적으로 설득할 수 있다는 것이 사법작용으로서의 헌법재판소 결정의 고유한 가치이다. 그러한 가치를 결정문으로 증명할 때 비로소 재판소는 국민의 신뢰와 지지를 바탕으로 정당성을 확보할 수 있다.

요컨대, 헌법재판소 결정의 이유는 제시하는 것만으로는 부족하고 논리적 정합성과 일관성을 바탕으로 한 설득력이 있을 때 비로소 가치가 있다. 그러나 이것이 다가 아니다. 그 설득력은 반드시 탄탄한 '헌법적' 논증에 뿌리박고 있어야만 한다. 어떠한 사회적 문제를 해결하기 위해 국회가 제정한 법률이 정당한지 아닌지에 관한 좋은 이유는 정치인도, 언론인도, 정치학자도, 사회학자도 제시할 수 있다. 헌법재판소가 제시하는 이유가 다른 이들이 제시하는 이유와 구별되는 정당성을 가지려면 '헌법적' 논증을 뼈대로 삼아야만 한다. 그 뼈대 위에 사회적, 정치적, 철학적, 역사적 성찰을 덧붙일 때 비로소 그 이유는 상원이 제시하는 이유도 아니고, 언론인이나 학자가 제시하는 이유도 아닌, '헌법재판소'가 제시하는 이유가 된다. 그러한 이유 제시가 비로소 재판소의 민주적 정당성의 흠결을 치유하고, 합헌 또는 위헌이라는 재판소 결정의 결론에 권위를 부여할 수 있다.

이것이 헌법학자와 헌법실무가들이 헌법적 논증을 갈고 닦아야 하는 직접적인 필요성이다. 헌법상 권리 침해 여부에 관한 재판에 있어 이유 제시의 핵심적인 부분인 과잉금지원칙의 논리적 정합성과 일관성이 중요한 까닭도 바로 여기에 있다. 누가 재판관이 되든 상관없이 일관성 있게 유지되는 과잉금지원칙의 논증구조가 있을 때, 비로소 재판소는 하원에서 다수결로 정한 사안을 다시 한 번 다수결에 붙여 보는 상원과는 다른 곳이 될 수 있다. 그때 비로소 헌법재판소는 '사법적' 판단을 통해 의회가 헌법의 테두리를 넘지 못하도록 감시하는 헌법의 수호자가 될 수 있다. 헌법재판소가 '진정한 재판소'가 될 것인지,

‘민주적 정당성 없는 상원’이 될 것인지가 과잉금지원칙을 비롯한 헌법적 논증의 질에 달려 있다.

이 연구는 우선 과잉금지원칙 적용은 논증구조와 적용강도로 나누어 분석할 때 비로소 그 구조가 분명히 드러난다는 점을 밝혔다. 양자를 구별하지 않으면 과잉금지원칙 적용의 다양한 양상을 일관성 있게 설명하기가 어렵다. 이러한 어려움에 빠지면 아래와 같은 종류의 과잉금지원칙에 대한 회의론으로 경도되기 쉽다.

과잉금지원칙은 합리성심사에서부터 매우 엄격한 4단계 심사에 이르기까지 다양한 스펙트럼에 걸쳐 적용할 수 있는 것이고, 기본권 제한은 물론 형성 상황에 대해서도 사용할 수 있는 위헌심사척도이기 때문에, 어떠한 논리적 일관성이나 전형적인 틀을 상정하는 것이 의미가 없다.

이러한 견해에 의하면 과잉금지원칙 적용의 구체적인 모습은 개별 사건별로 정해질 뿐, 그에 관해 어떠한 예측가능성을 기대한다는 것은 그 자체로 비합리적인 것이 된다. 실무적으로는, 위헌법률심판 사건의 결정문 중 과잉금지원칙 위반 여부 판단 부분을 어떠한 일관적인 목차에 따라 작성하는 것도 기대할 수 없게 된다. 위헌법률심판 전체의 모습을 보면 이러한 회의론에도 일말의 타당성이 있다고 볼 수도 있다. 그러나 설령 그러한 난맥상이 법률의 위헌 여부 심사 전체의 진면목이라 하더라도, 그 중 일부분에서라도 논리적이고 예측 가능한 구조를 발견할 수 있다면, 그러한 구조를 분명히 밝히는 노력을 기울일 필요가 있다.

이 논문은 이와 같은 관점에서 과잉금지원칙을 일관성 있게 적용하기 위한 최소한의 틀을 모색하고자 노력한 결과물이다. 그 첫걸음이 위헌심사척도와 과잉금지원칙적용강도의 개념을 명확히 하여 양자를 구별하는 것이다. 이를 통해 합리성심사를 할지 과잉금지심사를 할지, 피해의 최소성 원칙이 생략된 과잉금지심사를 할지 아니면 피해의 최소성 원칙이 포함된 과잉금지심사를 할지와 같은 문제는 모두 과잉금지원칙적용강도의 문제가 아니라 위헌심사척도의 선택 문제라는 것을 알 수 있다. 위헌심사척도의 선택 문제를 제외하는 것을 통해 논의의 초점을 4단계 하위 위헌심사척도로 이루어진 과잉금지원칙 적용에 한정시킬 수 있다.

이 논문은 위와 같이 논의를 한정시킴으로써 과잉금지원칙의 논증구조와 적

용강도를 일관성 있게 분석할 수 있는 기초를 마련한 다음, 그 기초 위에서 과잉금지원칙의 하위 위헌심사척도와 과잉금지원칙적용강도에 관한 각종 이론들, 그리고 그에 관한 캐나다 연방대법원의 판례에 대한 비교법적 연구를 수행하였다. 그 결과 얻은 시사점을 토대로 30여 년에 걸친 우리 헌법재판소의 과잉금지원칙 적용 역사를 되짚어 보면, 현재 헌법재판소는 ‘완전 분화형 논증유형’의 선례들이 수립한 과잉금지원칙의 논리적 뼈대를 계승할 것인지, 아니면 과잉금지원칙의 원형에서 멀리 떨어져 버린 ‘불완전 분화형 논증유형’의 선례들을 유지할 것인지 깊이 고민해야 할 시점에 이른 것으로 보인다. 이에 더하여, 어떠한 때에 어떠한 근거로 어떻게 과잉금지원칙의 적용강도를 조절할 것인지에 관한 기준을 체계적으로 세워나가야 할 단계에 이른 것으로 보인다. 이러한 노력을 통해 비로소 과잉금지원칙에 가해지는 심각한 비판들, 예컨대 과잉금지원칙은 자의적이고 임시변통적인 판단에 불과하다든가, 인권 보호에 취약하다든가 하는 비판을 극복할 수 있다. 이는 쉽지 않은 과제인 만큼, 그 해결을 위해 사법부에 의한 인권 보호 체제의 근본과 연원을 되새겨볼 필요가 있다.

현대의 인권 보장 체제는 제2차 세계대전이 남긴 두 가지 폐허 위에서 있다. 첫 번째 폐허는 물론 전쟁으로 인한 물질적 폐허이다. 이것보다 더 무서운 것은 두 번째 폐허이다. 두 번째 폐허는 인간 악성의 극한을 두 눈을 뜨고 똑똑히 본 경험이 남긴 정신적 폐허이다.⁹³⁵⁾ 국민의 튼튼한 민주적 지지를 받는 국가가 조직적으로 다른 인간을 죽이는 거대한 기계장치가 되어 대규모로, 그리고 장시간에 걸쳐 수백만의 사람을 일상적이고 효과적으로 죽일 수 있다는 인간성 말살의 극한이 남긴 정신적 폐허가 사법부에 의한 인권 보장체제의 고향이다. 그러나 중요한 것은 우리의 앞선 세대는 그 폐허에 절망하지 않았다는 점이다. 오히려 앞선 세대는 결코 희망을 잃지 않고, 그러한 극한의 물질적, 정신적 폐허 위에 사법부에 의한 인권 보장 체도를 위시한 강제적 인권 보장 체제라는 꿈을 설계하고 이루려고 분투했다.⁹³⁶⁾

우리 헌법이 도입한 기본권보장체제 역시 일본 제국주의집단의 수탈과 인간성 말살로 인한 폐허 위에서 우리와 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을

935) 이에 관해서는, 프리모 레비/이현경 옮김, 이것이 인간인가, 돌베개(2007); 빅터 프랭클/이시형 옮김, 죽음의 수용소에서, 청아출판사(2005) 각 참조.

936) 이는 인권을 국민에게 유보된 권력으로 보는 시각에서 두드러진다. 예컨대, 캐나다권리자유헌장 제정의 주역인 전 캐나다 총리 Pierre Trudeau가 그러하다(Roy Romanow, John Whyte, Howard Leeson 2007, *op. cit.*, p. 216).

영원히 확보하려는 꿈을 실현하기 위한 노력이다. 이러한 사실은 아래에 인용한 제헌헌법 전문을 살펴보는 것으로 충분히 알 수 있다. 여기에는 긴 설명이 필요 없다.

유구한 역사와 전통에 빛나는 우리들 대한국민은 기미 삼일운동으로 대한민국을 건립하여 세계에 선포한 위대한 독립정신을 계승하여 이제 민주독립국가를 재건함에 있어서 정의인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하며 모든 사회적 폐습을 타파하고 민주주의제도를 수립하여 정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘케 하며 각인의 책임과 의무를 완수케하여 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 국제평화의 유지에 노력하여 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 결의하고 우리들의 정당 또 자유로히 선거된 대표로써 구성된 국회에서 단기 4281년 7월 12일 이 헌법을 제정한다.

사법부에 의한 인권 보장체제의 연원이 이러한 이상, 과잉금지원칙에 관하여 당면한 두 가지 과제를 해결함에 있어서도, 어떻게 해야 과잉금지원칙이라는 도구를 사용하여 국가가 기본권 침해의 도구로 전락하는 것을 효과적으로 막아내면서도, 국가를 통해 국민 모두의 이익을 증진시킬 수 있을지를 생각해 볼 필요가 있다. 이와 같은 관점에서 볼 때, 과잉금지원칙의 논증구조에 관해서는 논리적 일관성과 설득력, 관련된 이익 전체의 솔직하고 전면적인 제시와 비교형량 가능성의 측면에서 우위에 있는 ‘완전 분화형 논증유형’을 채택하여 이를 꾸준히 갈고 닦는 노력이 필요하리라 생각한다. 과잉금지원칙적용강도의 측면에서는 권력분립원리의 ‘분업/협동’, ‘견제/균형’ 원리를 모두 고려하여 개별 구체적 사안에 적절한 적용강도를 정하는 방안을 모색함으로써 과잉금지원칙적용강도 다양화에 관한 기준을 귀납적으로 만들어가는 노력을 오랜 기간 동안 포기하지 않고 계속해 나갈 필요가 있다. 이러한 노력을 통해 과잉금지원칙이 재판관의 자의를 은폐하는 수단으로 폄하되는 것을 막을 수 있고, 제2차 세계대전 이후 인류가 함께 쌓아 올린 사법권을 통한 강제적 인권 보장 체제가 무너져 내리는 것을 막을 수 있을 것이다.

유한한 삶을 사는 한 세대가 실현할 수 있는 꿈의 양은 제한되어 있다. 그러나 한 세대의 욕심이 모두 사라져도 그들의 꿈은 다음 세대로 이어진다. 앞선

세대와 앞으로 올 세대가 이렇게 꿈으로 이어져 있기 때문에, 다음 세대가 이루는 꿈은 동시에 앞 세대가 이루는 꿈이기도 하다. 이러한 세대간의 '이음과 업힘'을 염두에 두고 이 연구를 진행하였다. 하지만 이 연구는 앞 세대가 이루어 놓은 인권 보장 체제의 극히 일부를 조명하기에도 벅찼음을 고백할 수밖에 없다. 그러나 그 과정에서 한 발짝이라도 나아가려 애썼고, 그러한 노력이 이 연구를 토대로 한 후속 연구들을 통해 이어지리라 믿는다.

이 논문에서 중점적으로 다루지 않은 과잉금지원칙의 하위 원칙인 목적의 정당성 원칙이나 수단의 적합성 원칙과 같은 과잉금지원칙의 세부적인 논증구조를 더 명확하고 정교하게 가다듬는 것은 물론이고, 과잉금지원칙의 적용범위, 위헌심사척도 선택의 기준, 과잉금지원칙과 평등원칙의 관계, 우리 헌법 제37조 제2항의 해석론, 과잉금지원칙에 의한 법률 변화 구조의 해명 등 많은 과제가 남아 있다. 이에 관한 후속 연구를 통해 우리 및 우리의 다음 세대가 인간성 말살의 끔찍함을 다시 반복하여 경험하지 않고서도, 과잉금지원칙이라는 도구를 사용하여 공동체 전체의 이익과 개인의 헌법상 권리 사이의 균형점을 찾아나가기를 기대한다.

[별지] 헌법재판소의 과잉금지원칙 논증구조 관련 선례 정리

** 일러두기

- ▶ 법률의 위헌 여부를 판단함에 있어 과잉금지원칙을 언급하고, 과잉금지 원칙 위반을 이유로 위헌의 결론에 이른 사건들이 분석 대상임. 다만, 논증구조 분석에 도움이 되는 경우에는 예외적으로 과잉금지원칙 준수 의 결론에 이른 선례도 포함.
- ▶ 위헌으로 선언된 심판대상조항이 여러 개인 경우에는 각각을 순차로 원 기호로 표시 (예시: ①, ②, ③, ④)
- ▶ ‘논증구조’: 과잉금지원칙을 하위 원칙별로 나누어 판단하지 않는 ‘미분 화형 논증유형’ 결정은 “1”로, 하위 원칙별로 나누어 판단하고 피해의 최소성 원칙 부분에서 비교형량을 하지 않는 ‘완전 분화형 논증유형’ 결 정은 “2”로, 하위 원칙별로 나누어 판단하고 피해의 최소성 원칙 부분에서 비교형량을 하는 ‘불완전 분화형 논증유형’ 결정은 “3”으로 표시. 다 만, 하위 원칙 중 일부를 분리하여 판단하면서 피해의 최소성 원칙 판단 은 하지 않은 경우에는 위 어느 경우에도 해당되지 않으므로 “×”로 표 시함.
- ▶ ‘위반된 하위 원칙’: 목적의 정당성 원칙 위반으로 판단한 경우에는 “1”, 수단의 적합성 원칙 위반으로 판단한 경우에는 “2”, 피해의 최소성 원 칩 위반으로 판단한 경우에는 “3”, 법익의 균형성 원칙 위반으로 판단 한 경우에는 “4”로, 예외적 분석 대상인 과잉금지원칙 준수 선례의 경 우 “준수”로 표시
- ▶ ‘목적 동일 검증’: 피해의 최소성 원칙 중 ‘목적달성 동일성 검증단계’를 판단한 경우에 “○”로 표시하고, 판단하지 않은 경우에는 빈칸으로 둠.

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일 검증	특 징
1	88헌가5 19890714	1			
2	88헌가6 19890908	1			
3	89헌가102 19891120	1			수단의 적합성 원칙, 법익의 균 형성 원칙 위반 언급은 있음

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일 검증	특 징
4	89헌가95 19900903	1			4가지 하위 원칙 일반론 실시 수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 위반 언급은 있음
5	90헌가48 19901119	1			수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 위반 언급은 있음
6	90헌마28 19910311	1			평등권과 함께 판단. 피해의 최소성 원칙에서 형량, 법익의 균형성 원칙 위반
7	91헌마21 19910311	1			법익의 균형성 원칙만 언급
8	89헌마160 19910401	1			입법대안 제시 있음
9	89헌가97 19910513	1			[법정의견] 미분화, 법익의 균형성 원칙 위반 [반대의견] 분화, 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 논증 구조 정확
10	89헌마204 19910603	1			피해의 최소성 원칙 위주 판단
11	91헌가6 19911125	1			4단계 판단 일반론 실시, 실제 판단 내용은 단계적 판단 아님. 89헌가95 따름 판례
12	89헌가8 19920128	1			과도하다는 결론만 제시
13	89헌가104 19920225	3	3, 4		4단계 일반론 실시하나 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원 칙만 합쳐서 판단. 전면 금지 사 안.
14	90헌마82 19920414	1			수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙, 비교형량 언급

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일 검증	특 징
15	92헌가6 19921001	1			수단의 적합성 원칙 언급
16	92헌가8 19921224	1	1, 2, 3, 4		4단계 명시적으로 언급하나, 실 제 논증은 4단계 통합
17	92헌가5 19930927	1			89헌가95 따름 판례
18	93헌가2 19931223	2	2, 3, 4	○	수단의 적합성 원칙 오류. 형량 없이 입법대안과의 비교만으로 피해의 최소성 원칙, 법익의 균 형성 원칙 모두 위반 결론
19	92헌가9 19940630	1			목적의 정당성 원칙 외에 논증 없음
20	93헌가4 19940729	2	3, 4		입법목적 밝힌 후 피해의 최소 성, 법익의 균형성 원칙만 논증
21	93헌가3 19940729	1	2, 3, 4		수단의 적합성 원칙, 피해의 최 소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 위반이라고 결론 내리나, 이유는 4단계 하위원칙 합쳐서 제시
22	91헌가1 19940831	1			과잉금지원칙 언급은 하나 심판 대상조항의 문제점 제시를 넘는 논증 없음
23	93헌바21 19941229	1			수단의 적합성 원칙 위반 취지
24	93헌가1 19950223	1			과잉금지원칙 언급은 하나 심판 대상조항의 문제점 제시를 넘는 논증 없음
25	92헌가14 19950323	1			4단계 명시적으로 언급하나 적법 절차와 함께 판단하여 과잉금지 원칙 구체적 논증 없음
26	91헌마67 19950525	1			비례원칙 언급만 있을 뿐 단계적 논증 없음

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
27	91헌가7 19950525	1			심판대상조항의 단점 제시 후 비례원칙 결론 위반의 결론에 이름
28	95헌마172 19950612	1			비례원칙 언급만 있을 뿐 단계적 논증 없음
29	93헌마246 19951026	2	2, 3	○	수단의 적합성 원칙에 '효과성' 외에 '적절성' 판단 포함. 법익의 균형성 원칙 판단 없음
30	92헌마44 19951130	2	3, 4	○	목적의 정당성 원칙, 수단의 적합성 원칙 판단 안 함. 대가 동일성 검증단계 판단함
31	94헌가2 19951130	×	1		목적의 정당성 원칙 위반만 판단하고 논증 종료
32	92헌바47 19960425	×	2		수단의 적합성 원칙과 합리적 차별인지 여부 판단. 합리적 차별 아니라는 논거로 입법대안 제시
33	94헌가8 19961004	×	1, 2		수단의 적합성 원칙에서 입법대안 문제 검토
34	96헌가18 19961226	×	1, 2, 4		일반론에서 대가 동일성 검증단계 실시
35	94헌바1 19961226	1			적법절차원칙과 섞어서 비교형량 위주 판단
36	92헌바6 19970116	1			과도하다는 결론만 제시
37	94헌마196 19970327	×	2		
38	95헌마90 19970424	2	3	○	피해의 최소성 원칙 4단계 명확히 실시 및 판단. 피해의 최소성 원칙 위반 확인 후 법익의 균형성 원칙 판단 없이 논증 종결.
39	93헌바49 19970626	1			과잉금지원칙 언급만 하고 단계적 판단 없음

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
40	97헌마26 19970716	1			과잉금지원칙 위반 선언만하고 논증 없음. 다만, 반대의견은 단계적 판단
41	95헌가6 19970716	×	1		목적의 정당성 원칙 위반 확인 후 논증 종결
42	94헌바19 19970821	3	2, 3, 4		수단의 적합성 원칙, 피해의 최 소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 한꺼번에 판단
43	95헌가16 19980430	1			합헌인 부분에 대해서는 단계적 판단함
44	96헌가12 19980528	2	3		피해의 최소성 원칙만 판단
45	96헌가5 19980528	2	3	○	피해의 최소성 원칙까지만 판단, 대가 동일성 검증단계 명확 실시
46	95헌바35 19980625	2	3		피해의 최소성 원칙만 판단. 명 시적 입법대안제시 없으나 불로 소득 없는 경우를 적용대상에서 제외하는 입법대안 상정한 것으 로 보임
47	97헌바22 19980716	1			적용대상이 너무 광범위하다는 판단
48	96헌가22 19980827	3	2, 3, 4		피해의 최소성 원칙, 법익의 균 형성 원칙은 합쳐서 판단
49	89헌마214 19981224	2	4		피해의 최소성 원칙 만족하나 법 익의 균형성 원칙 만족 안 한다 고 판단한 드문 선례. 다만, 사회 적 제약의 한계를 법익의 균형성 원칙과 결부시켜서 판단
50	94헌바37 19990429	① 2 ② 1 ③ 1 ④ 2	① 3, 4 ④ 3	○	①: 명시적 대안제시 없으나, 소 유 목적 등에 따른 예외인정이라 는 입법대안 상정한 것으로 보임 ④: 피해의 최소성 원칙만 판단

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
51	98헌마214 19990527	2	3, 4	○	위헌부분에 관해서는 심판대상조항 없이도 입법목적 달성 가능함 밝힘. 합헌부분의 경우 피해의 최소성 원칙 4단계 명확히 판단
52	97헌바8 19990527	1			과잉금지원칙 언급은 하나 심판대상조항의 문제점 제시를 넘는 논증 없음
53	97헌바26 19991021	1			재산권 형성 사안
54	99헌마135 19991223	2	2		피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙은 예비적으로 판단
55	98헌가16 20000427	2	3, 4	○	전면금지 심판대상조항, 입법목적 달성에 지장 없는 예외 허용 입법대안 근거로 피해의 최소성 원칙 위반 결론에 이름
56	99헌가11 20000601	2	3, 4	○	필요적 최소 심판대상조항, 입법목적 달성에 지장 없는 임의적 최소 입법대안 근거로 피해의 최소성 원칙 위반 결론에 이름
57	99헌가18 20010531	2	준수		위헌인 심판대상조항에 대해서는 평등원칙과 함께 합쳐서 판단 합헌인 심판대상조항에 대해서는 단계적 판단. 특히 대가 동일성 검증단계 통과 못하는 점 명확히 설시. 법익의 균형성 원칙 판단도 충실
58	99헌바9 20010719	3	2, 3, 4		피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 합쳐서 판단
59	2001헌바43 20020131	3	2, 3, 4	○	피해의 최소성 원칙 부분에서 공익 달성 정도에 대한 구체적 분석 없이 형량 수행

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일 검증	특 징
60	2001헌마614 20020425	2	2, 3, 4	○	
61	2000헌마81 20020530	2	2, 3, 4	○	
62	99헌마480 20020627	1			명확성원칙 판단 후 과잉금지원칙 포괄적 판단
63	2000헌마57 20020718	×	2, 4		피해의 최소성 원칙 판단 생략
64	2000헌가5 20020829	2	4	○	피해의 최소성 원칙 만족하나 법익의 균형성 원칙 만족 안 한다고 판단한 드문 선택
65	2001헌마788 20020829	2	3, 4	○	피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 판단 모두 정확한 논증구조 갖추
66	2000헌마84 20020919	×	2, 4		피해의 최소성 원칙 판단 없음. 본질적 내용 침해도 인정.
67	2001헌가28 20021128	3	3, 4		피해의 최소성 원칙 단계에서 형량함.
68	2001헌가4 20030130	2	1, 2, 3, 4		법익의 균형성 원칙 부분 법익형량의 대상과 방법 분명히 실시
69	2003헌가9 20030515	×	1, 2, 4	○	피해의 최소성 원칙 판단 생략 법익의 균형성 원칙 부분 법익형량의 대상과 방법 분명히 실시 [반대의견] 피해의 최소성 원칙에서 형량
70	2000헌마28 20030724	3	준수		세법 사건이나 심판대상조항 중합헌 부분에 대해 명시적으로 과잉금지원칙 단계적 판단. 다만 피해의 최소성 원칙에서 형량
71	2003헌마106 20030925	2	3, 4	○	심판대상조항 없어도 입법목적 달성가능한 것으로 판단

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
72	2003헌마293 20030925	2	3, 4	○	피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 판단 모두 정확한 논증구조 갖추
73	2000헌바67 20031030	2	3, 4	○	전면 금지 사안. 입법목적 달성에 지장 없는 예외 허용하는 대안 검토. 수단의 적합성 원칙 판단 생략
74	2002헌마684 20031030	2	3, 4	○	피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 판단 모두 정확한 논증구조 갖추
75	2002헌마193 20031127	3	2, 3		피해의 최소성 원칙 단계에서 형량함
76	2002헌바1 20031218	2	3, 4	○	입법목적인 의료보험의 공공성 저해하지 않는 경과실 범죄로 인한 보험사고까지 보험급여 제한
77	2002헌마788 20040129	2	3, 4	○	입법목적 달성과 무관한 부분까지 제한. “입법목적 달성에 필요한 범위를 넘어”라는 표현으로 목적달성 동일성 검증단계 판단
78	2001헌바89 20040325	2	3	○	과잉 형벌에 관한 사건이나 명시적으로 과잉금지원칙 단계적 판단함. 피해의 최소성 원칙 위반 확인 후 법익의 균형성 원칙 판단으로 나아가지 않음.
79	2003헌가1 20040527	2	3, 4	○	예외 허용해도 입법목적 달성 가능함에도 전면금지한 사안. 목적달성 동일성 검증단계 일반론은 설시 없으나, 판단은 함
80	2004헌가12 20040923	2	3, 4	○	피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 판단 모두 정확한 논증구조 갖추

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일 검증	특 징
81	2003헌가20 20050331	3	2, 3, 4		입법대안 제시 없이 피해의 최소성 원칙 판단. 피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 합쳐서 판단.
82	2004헌가30 20050721	×	2, 4		피해의 최소성 원칙 생략
83	2003헌가3 20051027	3	3, 4		피해의 최소성 원칙과 수단의 적합성 원칙 혼동. 피해의 최소성 원칙에서 형량
84	2004헌가22 20051027	2	3, 4		세법 사건. 명확하게 과잉금지원칙 단계적 판단. 입법대안 제시하나 비교 소홀.
85	2004헌가21 20051027	2	3, 4		세법 사건. 명확하게 과잉금지원칙 단계적 판단. 입법대안 제시하나 비교 소홀.
86	2004헌가28 20051124	3	3, 4		피해의 최소성 원칙에서 형량
87	2003헌가8 20051222	2	2, 3, 4	○	심판대상조항은 일률적 금지를 내용으로 함. 수단의 적합성 원칙에서 형량
88	2004헌가19 20060427	3	3, 4	○	세법 사건. 명시적으로 과잉금지원칙 단계적 판단. 입법대안 제시하나 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙 합쳐서 판단.
89	2005헌가17 20060525	2	3, 4	○	피해의 최소성 원칙 논증구조 정확함
90	2002헌바80 20060629	2	3	○	목적달성 동일성 검증단계 상세히 판단. 피해의 최소성 원칙 위반 논증 후 법익의 균형성 원칙 판단으로 나아가지 않음
91	2005헌바33 20070329	2	2, 3, 4	○	심판대상조항은 입법목적과 무관한 경우까지 불이익 주는 내용

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일 검증	특 징
92	2005헌마1139 20070531	1			비례원칙 언급은 하나 단계적 판단 하지 않음.
93	2007헌가3 20070628	2	3, 4	○	피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 판단 모두 정확한 논증구조 갖추
94	2004헌마644 20070628	×	1		목적의 정당성 원칙 위반 판단 후 수단의 적합성 원칙 이후의 판단 하지 않음
95	2005헌마772 20070628	2	3, 4		수단의 적합성 원칙 판단 생략. 대가 동일성 검증단계 통과하기 힘든 입법대안을 들어 피해의 최소성 원칙 위반의 결론에 이름.
96	2003헌마377 20070726	2	3, 4	○	재산권 형성법률에 과잉금지원칙 적용
97	2004헌가25 20070830	3	2, 3, 4		수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙 단계에서 형량
98	2004헌마1021 20071227	2	1, 2, 3, 4	○	목적의 정당성 원칙, 수단의 적합성 원칙 합쳐서 판단
99	2007헌마1468 20080110	2	3, 4	○	피해의 최소성, 법익의 균형성 원칙 엄격 구별, 논증 구조 정확
100	2006헌가16 20080529	3	3, 4	○	세법 사건. 명시적으로 과잉금지 원칙 단계적 판단. 입법대안 제시하나 피해의 최소성 원칙과 법익의 균형성 원칙 합쳐서 판단.
101	2006헌마1096 20080529	2	2, 3, 4	○	수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙 합쳐서 판단
102	2004헌마1010 20080731	2	3, 4	○	
103	2008헌바11 20081030	2	3, 4	○	필요적 추정 사안. 형량 없이 피해의 최소성 원칙 논증. 다만, 비교형량은 제대로 이루어지지 않음

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
104	2003헌바10 20081030	2	2, 3, 4	○	세법 사건. 목적달성 동일성 검증단계, 대가 동일성 검증단계 판단
105	2006헌바112 20081113	3	3, 4		피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 합쳐서 판단. 예외 인정하는 입법대안에 대해 목적달성 동일성 검증단계 충족 여부 검토 없음
106	2006헌마352 20081127	2	2, 3, 4	○	
107	2007헌마1024 20081127	×			목적의 정당성 원칙만 분리해서 판단한 다음 평등원칙 판단과 합쳐서 판단
108	2005헌마764 20090226	3	3, 4		피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 같은 목차 하에 판단
109	2008헌마413 20090625	3	2, 3, 4		입법대안 제시 없이 피해의 최소성 원칙 판단에서 형량
110	2007헌마40 20090625	2	2, 3, 4	○	
111	2008헌가1 20090730	2	2, 3, 4	○	
112	2007헌바87 20090924	2	2, 3, 4	○	
113	2008헌가25 20090924	3	3, 4	○	‘침해의 최소성 및 법익균형성’ 목차 아래 침해의 최소성 부분에서 형량
114	2009헌마350 20091029	2	3	○	
115	2008헌바58 20091126	3	1, 2, 3, 4		수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙 합쳐서 판단. 입법대안 제시 없음

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일 검증	특 징
116	2008헌가9 20091126	3	3, 4		입법대안 제시 없음. 피해의 최소성 원칙에서 형량만 수행. 목적달성 동일성 검증단계에 관한 인식 없음
117	2007헌마1412 20091229	×	2		수단의 적합성 원칙 위반으로 판단 종료
118	2008헌가15 20100729	2	2, 3, 4	○	
119	2008헌가4 20100729	3	3, 4		입법대안 제시 없음. 피해의 최소성 원칙에서 형량
120	2010헌마418 20100902	3	3, 4	○	피해의 최소성 원칙에서 입법대안 검토도 하고 형량도 함
121	2008헌바157 20101228	2	준수		과잉금지원칙 위반으로 위헌이라는 결론에는 못이르렀지만, 재판관들 사이에 피해의 최소성 원칙 논증 방법 대립(다수의견 '완전 분화형 논증유형', 반대의견 '불완전 분화형 논증유형')
122	2009헌가30 20101228	3	3, 4	○	피해의 최소성 원칙에서 입법대안 검토도 하고 형량도 함
123	2008헌바166 20110630	3	준수		과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 판단. 입법대안 제시 없이 피해의 최소성 원칙 부분에서 형량
124	2009헌바128 20110830	3	준수		과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 판단. 입법대안 제시 없이 피해의 최소성 원칙 부분에서 형량
125	2009헌바146 20111124	3	3, 4	○	혼인의 자유에 관해서는 피해의 최소성 원칙 부분에서 입법대안 검토도 하고 형량도 하여 위헌의 결론에 이름. 재산권에 관해서는 피해의 최소성 원칙 부분에 입법대안 제시 없이 형량 수행.

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
126	2007헌마1001 20111229	3	2, 3, 4		피해의 최소성 원칙 부분에서 입법대안 제시 없이 형량
127	2010헌마601 20120223	×	2, 4		피해의 최소성 원칙 생략
128	2010헌가85 20120531	2	3, 4	○	대가 동일성 검증단계, 목적달성 동일성 검증단계 명시 실시
129	2010헌마278 20120531	3	3		피해의 최소성 원칙을 비합리성과 동의어로 사용. 다만, 피해의 최소성 원칙 위반 판단 후 법익의 균형성 원칙 판단으로 나아가지 않음.
130	2009헌바190 20120531	3	2, 3, 4		수단의 적합성 원칙 개념 제시하지 않고 뭉뚱그려 판단함 피해의 최소성 원칙에서 입법대안 검토도 하고 형량도 수행
131	2011헌가36 20120627	2	3, 4	○	
132	2010헌마47 20120823	2	3, 4	○	목적달성과 무관한 부분까지 과잉 규제한 사안
133	2010헌바167 20120823	3	3, 4	○	대가 동일성 검증단계 판단 하지 않고, 이를 통과 못하는 입법대안을 들어 피해의 최소성 원칙 위반으로 판단. 피해의 최소성 원칙 부분에서 형량도 수행. 반대의견은 대가 동일성 검증단계 명백히 인식하여 피해의 최소성 원칙 만족의 결론으로 감
134	2009헌가27 20120823	2	3, 4	○	
135	2010헌바132 20130321	×	1, 2		수단의 적합성 원칙까지만 판단

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
136	2010헌마562 20130829	2	3, 4	○	형선고에 따른 필요적 직무정지 사안
137	2011헌마122 20130829	3	3, 4	○	피해의 최소성 원칙에서 입법대 안 검토 및 형량
138	2011헌바234 20131226	3	3, 4	○	‘침해의 최소성 및 법익균형성’ 목차 됨. 피해의 최소성 원칙에 서 입법대안 검토 및 형량
139	2012헌마431 20140128	2	3, 4	○	‘침해의 최소성 및 법익의 균형 성 원칙’ 목차 두나, 피해의 최소 성 원칙에서 대안만 검토하고, 형량 안 함
140	2011헌바252 20140128	3	3, 4	○	피해의 최소성 원칙에서 입법대 안 검토 및 형량
141	2012헌마409 20140128	2	3, 4		피해의 최소성 원칙에서 선거권 제한의 예외를 두는 입법대안을 상정한 것으로 보이나 목적달성 동일성 검증단계 판단 없이 피해 의 최소성 원칙 위반의 결론에 이름 [반대의견] 목적의 정당성 원칙 또는 수단의 적합성 원칙 부정. 다음 단계 판단으로 나아가지 않 음
142	2013헌마105 20140128	2	3, 4		피해의 최소성 원칙에서 집행유 예자에 대한 선거권 제한 없애는 입법대안 상정한 것으로 보이나 목적달성 동일성 검증단계 판단 없이 피해의 최소성 위반의 결론 에 이름.
143	2010헌가2 20140327	3	3, 4		‘침해의 최소성 및 법익균형성’ 목차 됨. 피해의 최소성 원칙에 서 명시적 대안제시 없이 형량

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
144	2011헌가29 20140424	3	3, 4		피해의 최소성 원칙에서 명시적 대안제시 없이 형량
145	2013헌바25 20140424	2	2, 3, 4		수단의 적합성 원칙에서도 입법 대안과 비교
146	2013헌바208 20140925	2	3, 4		
147	2009헌바17 20150226	3	2, 3, 4		수단의 적합성 원칙과 피해의 최 소성 원칙 합쳐서 논증. 입법대 안 제시 없음. 피해의 최소성 원 칙에서 형량
148	2013헌가6 20150528	2	3, 4	○	목적달성 동일성 검증단계 충족 여부에 관해 법정의견/반대의견 나뉨
149	2013헌마799 20150528	3	2, 3, 4		수단의 적합성, 피해의 최소성 합쳐서 판단하고 형량
150	2012헌마653 20150528	3	3, 4		피해의 최소성 원칙에서 입법대 안 검토도 하고 형량도 함
151	2013헌바129 20150528	2	3, 4	○	
152	2011헌마769 20150625	2	2, 3, 4	○	
153	2014헌가13 20150730	2	3, 4	○	전면 금지를 내용으로 하는 심판 대상조항에 대해 일정한 예외 설 정해도 입법목적 달성가능함 논 증
154	2014헌마340 20150730	2	3, 4	○	
155	2013헌가8 20150730	2	3, 4	○	목적달성 동일성 검증단계 정확 하게 논증
156	2013헌마197 20150924	2	3, 4	○	

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
157	2013헌가20 20151021	3	2, 3, 4	○	피해의 최소성 원칙에서 입법대안도 검토하고 형량도 함
158	2012헌마858 20151126	2	3, 4	○	목적달성 동일성 검증단계 언급은 하나 충실히 판단하지 않음.
159	2012헌마940 20151126	2	3, 4	○	목적달성 동일성 검증단계 언급은 하나 충실히 판단하지 않음.
160	2013헌가9 20151223	3	3, 4	○	피해의 최소성 원칙에서 입법대안도 검토하고 목적 달성에 필요한 범위 내인지를 살펴보면서 기본권 제한이 과도하지 않다는 형량도 함 [반대의견] 목적 달성에 필요한 범위 내인지를 살펴보면서 형량 대신 치료대상자에 대해 일정한 예외를 두는 입법대안 검토
161	2013헌바68 20151223	3	3, 4		피해의 최소성 원칙에서 입법대안 제시도 하고 형량도 함. 다만, 대가 동일성 검증단계, 목적달성 동일성 검증단계 검토 안 함
162	2013헌바168 20151223	3	2, 3, 4	○	수단의 적합성 원칙, 피해의 최소성 원칙 합쳐서 판단. 목적달성 동일성 검증단계 실시 있으나 피해의 최소성 원칙에서 형량을 하기 때문에 목적달성 동일성 검증단계 판단 철저히 하지 않음
163	2014헌바446 20151223	3	3, 4		[법정의견] 피해의 최소성 원칙에서 입법대안도 검토하고 형량도 함. 대가 동일성 검증단계 소홀 [반대의견] 입법대안에 대해 대가 동일성 검증단계 명시 판단

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
164	2013헌마712 20151223	3	3, 4	○	피해의 최소성 원칙에서 입법대안과 비교도 하고 형량도 함
165	2013헌마585 20160331	3	3, 4		일률적 취업제한을 규정한 심판대상조항에 대한 입법대안으로 개별구체적 판단절차 도입 검토. 목적달성 동일성 검증단계 명시적 검토 없음. 피해의 최소성 원칙 판단 서두에 기본권 제한 지나치다는 취지의 형량 판단
166	2015헌마688 20160331	2	3, 4		[법정의견] 입법대안 제시하나 목적달성 동일성 검증단계 면밀히 판단 안 함 [반대의견] 목적달성 동일성 검증단계, 대가 동일성 검증단계 면밀히 판단
167	2015헌마98 20160428	3	3, 4	○	일률적 취업제한을 규정한 심판대상조항에 대한 입법대안으로 개별구체적 판단절차 도입 검토 피해의 최소성 원칙 판단 서두에 기본권 제한 지나치다는 취지의 형량 판단
168	2014헌마45 20160526	3	3, 4		심판대상조항 중 위헌인 부분에 대한 피해의 최소성 판단에서 입법대안 제시하고 형량도 함. 목적달성 동일성 검증단계 면밀히 판단 안 함 심판대상조항 중 합헌인 부분에 대해서도 피해의 최소성 원칙 판단에서 입법대안 검토 없이 형량

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
169	2015헌마924 20160630	3	3, 4	○	피해의 최소성 원칙에서 형량. 입법대안도 판단하나 목적달성 동일성 검증단계 충족 여부 제대 로 판단하지 않음 [반대의견] 목적달성 동일성 검 증단계 상세 검토 후 충족 안 된 다고 결론지음
170	2013헌가1 20160630	2	3, 4	○	
171	2013헌마436 20160728	3	3, 4		입법대안 제시하나 목적달성 동 일성 검증단계 판단 안 함. 피해 의 최소성 원칙 판단 서두에 기 본권 제한 지나치다는 취지의 형 량 판단
172	2015헌마915 20160728	3	3, 4		입법대안 제시하나 목적달성 동 일성 검증단계 명시적 판단 안 함. 피해의 최소성 원칙 판단 서 두에 기본권 제한 지나치다는 취 지의 형량 판단
173	2015헌마359 20160728	3	3, 4		입법대안 제시하나 목적달성 동 일성 검증단계 명시적 판단 안 함. 피해의 최소성 원칙 판단 서 두에 기본권 제한 지나치다는 취 지의 형량 판단
174	2013헌바389 20160728	3	3, 4		입법대안 제시하나 목적달성 동 일성 검증단계 판단 안 함. 피해 의 최소성 원칙 판단 서두에 기 본권 제한 지나치다는 취지의 형 량 판단

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
175	2015헌마914 20160728	3	3, 4		입법대안 제시하나 목적달성 동일성 검증단계 판단 안 함. 피해의 최소성 원칙 판단 서두에 기본권 제한 지나치다는 취지의 형량 판단
176	2014헌가3 20160929	① 2 ② 3	2, 3, 4 3, 4	○	심판대상 중 일부에 대해서는 입법대안 제시하고 목적달성 동일성 검증단계 판단. 일부에 대해서는 입법대안 제시 없이 피해의 최소성 원칙에서 형량
177	2014헌가9 20160929	3	3, 4		피해의 최소성 원칙에서 입법대안 제시 없이 기본권 제한 정도 상세히 살피는 방식으로 형량
178	2015헌마1206 20161027	3	3, 4		피해의 최소성 원칙에서 형량
179	2014헌마709 20161027	3	3, 4		입법대안 제시하나 목적달성 동일성 검증단계 명시적 판단 안 함. 피해의 최소성 원칙 판단 서두에 기본권 제한 지나치다는 취지의 형량 판단
180	2015헌마62 20161124	3	3, 4		피해의 최소성 원칙에서 형량
181	2015헌마509 20161229	2	3, 4		기탁금 액수를 낮추어도 입법목적 달성이 가능하다는 논증구조
182	2016헌가6 20170525	3	3, 4	○	피해의 최소성 원칙 판단 서두에 기본권 제한 지나치다는 취지의 형량 판단 후 입법대안 검토
183	2015헌마653 20170928	3	3, 4	○	피해의 최소성 원칙에서 청원경찰의 근로조건, 신분보장 취약성 검토, 유사직역과의 형평성 검토 후 이를 근거로 목적달성 동일성 검증단계 통과 실시

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
184	2017헌가26 20180125	2	3, 4	○	필요적 퇴직 사안, 입법대안 제시, 피해의 최소성 원칙 위반 근거로 공무원과의 형평성도 제시
185	2015헌바124 20180222	3	3, 4		[법정의견] 피해의 최소성 원칙에서 형량 후 목적달성 동일성 검증단계 판단 소홀 [반대의견] 목적달성 동일성 검증단계 면밀히 판단
186	2015헌가19 20180426	3	2, 3, 4		[법정의견] 수단의 적합성 원칙 인정 안 되는 심판대상조항에 대해 피해의 최소성 원칙 논증. 입법대안 명시적 제시 없이 과잉제한 판단 [반대의견] 입법대안 명시 제시 목적달성 동일성 검증단계 면밀 판단
187	2016헌바116 20180426	3	2, 3, 4		[법정의견] 수단의 적합성 원칙 인정 안 되는 심판대상조항에 대해 피해의 최소성 원칙 논증. 입법대안 명시적 제시 없이 과잉제한 판단 [반대의견] 입법대안 명시 제시 목적달성 동일성 검증단계 면밀 판단
188	2013헌바322 20180531	2	3, 4	○	입법목적 달성에 지장 주지 않는 행위까지 전면금지한 사안
189	2012헌바90 20180531	2	2, 3, 4	○	입법목적 달성에 지장 주지 않는 행위까지 전면 금지한 사안 [반대의견] 목적달성 동일성 검증단계 통과 못한다고 판단

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일성 검증	특 징
190	2012헌마191 20180628	3	3, 4	○	[법정의견] 입법대안 제시. 목적달성 동일성 검증단계 면밀히 판단하지 않음. 피해의 최소성에서 기본권 제한의 중대성도 살펴봄 [반대의견] 목적달성 동일성 검증단계 면밀히 판단. 심판대상조항 외의 기본권 제한 완화 조치 있음도 피해의 최소성 원칙 만족의 근거로 듦.
191	2015헌가28 20180628	2	3, 4	○	입법목적 달성에 지장 주지 않는 행위까지 전면금지한 사안
192	2011헌바379 20180628	2	3, 4	○	입법대안 제시. 본격적 비교형량은 법익의 균형성 원칙에서 함
193	2017헌마130 20180628	3	3, 4	○	입법대안 제시하나 목적달성 동일성 검증단계 명시적 판단 안 함. 피해의 최소성 원칙 판단 서두에 기본권 제한 지나치다는 취지의 형량 판단
194	2018헌바137 20180726	2	3, 4	○	입법목적 달성에 지장 주지 않는 행위까지 전면금지한 사안
195	2016헌마263 20180830	3	3, 4		목적달성 동일성 검증단계 명시적 판단 없이 기본권 제한의 최소 여부만 판단. 다만, 수사기관 권한남용 방지 위한 제도적 장치 추가 마련을 입법대안으로 제시한 것으로 평가 가능.
196	2015헌가38 20180830	3	1, 2, 3, 4		피해의 최소성 원칙 판단 서두에 대학교원의 지위, 교수협의회 교섭의 한계 등 검토 후 과잉 제한 결론 도출. 입법대안 검토 하나 목적달성 동일성 검증단계 면밀히 판단 안 함

순번	사건번호 선고연월일	논증 구조	위반된 하위 원칙	목적 동일 검증	특 징
197	2014헌바180 20180830	3	3, 4		입법대안 제시 없이 피해의 최소성 원칙에서 형량
198	2017헌바127 20190411	2	3, 4		[4인 헌법불합치의견]피해의 최소성 원칙, 법익의 균형성 원칙 합쳐서 논증하였으나 불완전 형량이라기보다는 비교적 온전한 형태의 비교형량 논증 [2인 합헌의견] 피해의 최소성 원칙은 입법대안만 판단. 법익의 균형성 원칙 자세히 논증
199	2017헌마1329 20190725	3	3, 4		입법대안 제시하며 피해의 최소성 원칙 위반이라는 결론에 이른 후에 법익의 균형성 판단으로 나아가지 않고, 피해의 최소성 원칙 판단 부분에서 기본권 제한이 과도한지를 추가로 살펴봄.
200	2016헌마90 20191128	3	3, 4	○	전면 금지 사안. 목적달성 동일성 검증단계 명시적 언급하면서 기본권 제한의 과잉 여부도 살핌. 법익의 균형성 원칙에서 구체적 형량 시도.

참 고 문 헌

<한국어 문헌>

- 강승식, “비례의 원칙의 적용방안에 관한 연구”, 세계헌법연구 제17권 제2호 (2011)
- 강일신, 과잉금지원칙에서의 법익비교형량-헌법이론적·비교헌법적 연구-, 헌법재판소 헌법재판연구원(2018)
- 강일신, “과잉금지원칙의 논증방식”, 법학연구 제30권 제1호, 충남대학교 법학연구소(2019. 2.)
- 게오르그 엘리네크/김효전 옮김, 독일기본권이론의 이해, 법문사(2004)
- 계희열, “헌법원리로서의 권력분립의 원리”, 고려법학 38호(2002. 4.)
- 계희열, 헌법학(중)[신정2판], 박영사(2007)
- 국회도서관, 세계의 헌법-40개국 헌법 전문-제2권, 국회도서관(2018)
- 김대환, “우리나라 헌법상 과잉금지원칙 -특히 기본권의 본질적내용침해금지원칙과의 관계를 포함하여-”, 공법학연구 제6권 제3호(2005. 12.)
- 김대환, “헌법재판의 심사기준의 다양화 가능성과 과잉금지원칙의 헌법적 근거”, 세계헌법연구 제12집 제2권(2006. 12.)
- 김대환, “과잉금지원칙적용강도 -비교법적 검토를 포함하여-”, 헌법학연구 제18집 제2권(2012)
- 김도균, 권리의 문법-도덕적 권리, 인권, 법적 권리, 박영사(2008)
- 김문현, 김주환, 임지봉, 정태호, 기본권 영역별 위헌심사기의 기준과 방법(헌법재판연구 제19권), 헌법재판소(2008)
- 김민주, WTO협정상 건강보호 및 식품안전규정에 대한 비례성원칙 적용에 관한 연구, 고려대학교 법학박사학위논문(2013)
- 김선희, 캐나다 연방대법원의 사법심사제도-연방과 주 사이의 권한 배분 및 헌장상 권리침해를 중심으로, 헌법재판소 헌법재판연구원(2017)
- 김선희, 캐나다에서의 헌법적 대화, 헌법재판소 헌법재판연구원(2018)
- 김수용, “캐나다의 헌법개정 논쟁 과정과 쟁점”, 법과사회 제54호(2017)
- 김종보, “기본권침해 심사기준에 대한 소고 -과잉금지원칙 적용영역에 대한 비판적 고찰을 중심으로-”, 공법학연구 제10권 제3호(2009)

- 김태호, “행정법상 비례의 원칙 - 대법원 판례를 중심으로 -”, 공법연구 제37집 제4호(2009. 6.)
- 김하열, “법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사 - 참정권과 청구권을 중심으로 -”, 고려법학 제67호(2012. 12.)
- 김형남, “캐나다 연방대법원의 사법심사제도에 관한 연구”, 공법학연구 제7권 제5호(2006)
- 김형남, “캐나다·미국·한국의 헌법재판기준에 관한 비교법적 연구”, 성균관법학 제19권 제3호(2007)
- 노희범, “기본권의 제한과 형성-합헌성 심사기준을 중심으로-”, 헌법논총 제18집(2007)
- 니클라스 루만/윤재왕 옮김, 사회의 법, 새물결(2014)
- 문재완, “비례원칙의 과도한 팽창”, 세계헌법연구 제24권 제3호(2018)
- 방승주, “독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 헌법논총(1999)
- 방승주, “헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도 -입법자의 형성의 자유와 그 한계에 대한 헌법재판소의 지난 20년간의 판례를 중심으로 -”, 공법연구 제37집 제2호(2008. 12.)
- 빅터 프랭클/이시형 옮김, 죽음의 수용소에서, 청아출판사(2005)
- 손병권, 이옥연, “미국과 캐나다의 연방제도 비교 연구”, 국제정치논집 제44집 제4호(2004)
- 성낙인, 헌법학[제19판], 법문사(2019)
- 성정엽, “비례원칙과 기본권”, 저스티스 통권 제136호(2013. 6.)
- 손상식, “법률에 의해 구체화되는 기본권의 심사기준과 심사강도”, 전북대학교 법학연구소 법학연구 제43집(2014. 12.)
- 신우철, 헌법과학 -새로운 방법론의 탐색-, 동현출판사(2002)
- 신우철, 사례교재 헌법(기본권), 문우사(2018)
- 아르투어 카우프만 지음/김영환 옮김, 법철학, 나남(2007)
- 알렉산더 해밀턴, 제임스 매디슨, 존 제이/김동영 옮김, 페더럴리스트 페이지, 한울아카데미(1995)
- 양천수, “형법해석의 한계 -해석논쟁을 중심으로 하여-”, 인권과 정의 제379호(2008. 3.),

- 염지애, 다문화사회에서의 종교의 자유에 관한 비교법적 연구, 고려대학교 대학원 석사학위논문(2014)
- 윌터 배짓/이태숙 옮김, 영국헌정, 지식을만드는지식(2012)
- 윤명선, “권력분립원리에 관한 재조명”, 미국헌법연구 제18권 제1호(2007. 2.)
- 윤재왕, “권력분립과 언어 —명확성원칙, 의미론 그리고 규범적 화용론—”, 강원법학 제44권(2015)
- 이곤형, “캐나다의 대법원 구성 및 법관 임명, 인사제도 연구”, 국외훈련검사 연구논문집 제27집, 법무연수원(2012)
- 이명웅, “위헌여부 판단의 논증방법”, 저스티스 제106호(2008. 9.)
- 이명웅, “비례의 원칙의 2단계 심사론”, 헌법논총 제15집(2004)
- 이민열, 기본권 제한 심사의 형량, 경인문화사(2016)
- 이부하, “권력분립에서 기능법설에 대한 평가”, 헌법학연구 제12권 제1호(2006)
- 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호(2007. 6.)
- 이부하, “입법자의 입법형성권의 내용과 한계”, 법과 정책연구 제13집 제1호(2013. 3.)
- 이수연, 캐나다의 성을 이유로 한 고용상 차별, 이화여자대학교 대학원 박사학위논문(2010)
- 이옥연, “연방제를 통한 통합과 분권의 구현: 캐나다의 경험을 중심으로”, 세계지역연구논총 제24집 제1호(2006)
- 이용식, “비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계”, 형사법연구 제25호(2006)
- 이준일, “헌법재판의 법적 성격 -헌법재판의 논증도구인 비례성원칙과 평등원칙을 예로-”, 헌법학연구 제12권 제2호(2006. 6.)
- 이준일, “헌법상 비례성원칙”, 공법연구 제37집 제4호(2009. 6.)
- 이준일, 헌법학강의[제7판], 홍문사(2019)
- 이재홍, “명령·규칙에 대한 사법심사의 구조와 전망 -부수적 규범통제를 중심으로-”, 법조(2014. 6.)
- 이재홍, “재산권 관련 법률에 대한 위헌심사방법론 -민법 제746조(불법원인급여)의 위헌 여부 판단-”, 저스티스 제145호(2014. 12.)

- 이재홍, “과잉금지원칙의 논증구조 -피해의 최소성 원칙을 중심으로-”, 저스티스 제163호(2017. 12.)
- 이황희, 애덤 스미스의 통치론에 관한 헌법학적 연구, 서울대학교 박사학위 논문(2018)
- 장선미, 사회적 기본권의 실현구조에 관한 연구, 이화여자대학교 박사학위논문(2019)
- 장지원, 윤광재, 주요제국의 행정제도 동향조사: 캐나다의 연방정부조직, 한국행정연구원(2005)
- 전재경, “1982년의 캐나다 신헌법”, 법조 제34권 제12호(1985)
- 전종익, “위헌심판의 심판기준 -선거운동과 표현의 자유를 중심으로-”, 서울법학 제18호(2010)
- 정문식, “평등위반 심사기준으로서 비례원칙”, 부산대학교 법학연구 제51권 제1호(2010. 2.)
- 정영훈, 직업의 자유 침해 여부에 대한 심사기준-자격제도에 의한 직업의 자유 제한을 중심으로-, 헌법재판소 헌법재판연구원(2014)
- 정중섭, 헌법학원론[제12판], 박영사(2018)
- 정주백, “과잉금지원칙에 관한 관견 -헌재의 원칙 운용에 있어서의 논리성·일관성에 관한 문제제기-”, 헌법재판연구 제2권 제2호(2015. 12.)
- 조의연, “캐나다의 법원구조와 법관인사제도”, 외국사법연수논집, 법원도서관(2004)
- 존 롤스/장동진 옮김, 정치적 자유주의, 동명사(2016)
- 찰스 다윈/장대익 옮김, 종의 기원, 사이언스북스(2019)
- 페르디낭 드 소쉬르/최승언 옮김, 일반언어학 강의, 민음사(1990)
- 프리모 레비/이현경 옮김, 이것이 인간인가, 돌베개(2007)
- 한국법제연구원, 주요국가의 헌법동향-캐나다-, 한국법제연구원(2006)
- 한수웅, 헌법학[제9판], 법문사(2019)
- 한수웅, “헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위”, 저스티스(2006. 12.)
- 한수웅, “규범통제제도의 형성과 발전 -규범통제 심사기준과 심사밀도를 중심으로-”, 헌법논총(2008)
- 한스게오르크 가다머/이길우·이선관·임호일·한동원 옮김, 진리와 방법2, 문

학동네(2012)

허영, 한국헌법론[전정15판], 박영사(2019)

허완중, “기본권 제약 개념 확장을 통한 헌법 제37조 제2항의 해석”, 헌법논총 제30집, 헌법재판소(2019)

헌법재판소 비교헌법연구회, 비교헌법연구회 세미나 발표자료집(2018. 6. 19.)

호어스트 드라이어/정문식 옮김, 독일기본법 주해서, 헌법재판소(2016)

황치연, 헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문(1995)

황치연, “과잉금지원칙 -헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 국세기본법 제35조 제1항 제3호의 위헌심판-”, 헌법재판 주요선례연구1, 헌법재판소(2012)

<영어 문헌>

Adam Dodek, *The Canadian Constitution*, Dundurn Press(2016)

Adam Dodek, Rosemary Cairns Way, “The Supreme Court of Canada and Appointment of Judges in Canada”, *The Oxford Handbook of Canadian Constitution*, ed. Peter Oliver, Patrick Macklem, Nathalie des Rosiers, Oxford University Press(2017)

Adam Smith, *The Wealth of Nations*, Penguin Books(1999)

Aharon Barak, “Proportionality Effect: The Isareli Experience”, 57 *University of Toronto Law Journal*(2007)

Aharon Barak, “Proportionality and Principled Balancing”, 4 *Law & Ethics of Human Rights*(2010)

Aharon Barak, *Proportionality -Constitutional Rights and their Limitations-*, Cambridge University Press(2012)

Aharon Barak, “A Research Agenda for the Future”, *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki Jackson, Mark Tushnet, Cambridge University Press(2017)

Aileen Kavanagh, “Deference of Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication”, *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*,

- Cambridge University Press(2008)
- Aileen Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press(2009)
- Alan Brady, *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act – An Institutionally Sensitive Approach –*, Cambridge University Press(2012)
- Alan Freckelton, *The Concept of Deference in Substantive Review of Administrative Decisions in Four Common Law Countries* (Masters of Laws dissertation, University of British Columbia, Vancouver, Canada, 2013)
- Alec Stone Sweet, Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, 47 *Columbia Journal of Transnational Law*(2008)
- Alfred Adler, *Understanding Human Nature*, Permabooks(1949)
- Alison Young, “In Defence of Due deference”, 72 *Modern Law Review*(2009)
- Alison Young, “Deference, Dialogue and the Search for Legitimacy”, *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 30.(2010)
- Andrew Le Sueur, Maurice Sunkin, Jo Eric Khushal Murkens, *Public Law –Text, Cases, and Materials–*, Oxford University Press(2013)
- Antonio Lamer, “A Brief History of the Court”, *The Supreme Court of Canada 1875–2000*, Dundurn & Supreme Court of Canada(2000)
- Bernard Funston, Eugene Meehan, *Canadian Constitutional Documents Consolidated*, Carswell(2007)
- Bernhard Schlink, “Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?”, 22 *Duke Journal of Comparative & International Law*(2012)
- Beverley McLachlin, “Preface”, *The Supreme Court of Canada 1875–2000*, Dundurn & Supreme Court of

- Canada(2000)
- Beverley McLachlin, “Proportionality, Justification, Evidence and Deference: Perspectives from Canada”, *Asia-Pacific Judicial Colloquium*(2015), available at <https://www.hkcfa.hk/filemanager/speech/en/upload/144/Proportionality,%20Justification,%20Evidence%20and%20Deference%20-%20Perspectives%20from%20Canada.pdf>
- Caroline Henckels, “Proportionality and the Separation of Powers in Constitutional Review: Examining the Role of Judicial Deference”, 45 *Federal Law Review*(2017)
- Carrissima Mathen, “Rational Connections: *Oakes*, Section 1 and the Charter’s Legal Rights”, 43 *Ottawa Law Review*(2012)
- Chanakaya Sethi, “Beyond *Irwin Toy*: A New Approach to Freedom of Expression under the Charter”, 17 *Appeal: Review Current Law and Law Reform*(2012)
- Charles-Maxime Panaccio, “The Justification of Rights Violations: Section 1 of the Charter”, *The Oxford Handbook of Canadian Constitution*, ed. Peter Oliver, Patrick Macklem, Nathalie des Rosiers, Oxford University Press(2017)
- Collen M. Flood, Jennifer Dolling, “An Introduction to Administrative Law: Some History and a Few Signposts for a Twisted Path”, *Administrative Law in Context*, Emond Montgomery Publications(2013)
- Christopher Dassios, Clifton Prophet, “Charter Sectiona 1: The Decline of Grand Unified Theory and the Trend Towards Deference in the Supreme Court of Canada”, 15 *Advocates’ Quarterly*(1993)

- Christopher Breck, Adam Dodek, “The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter”, 14 *The Supreme Court Law Review*(2001)
- Christopher Edley, *Administrative Law: Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Yale University Press(1990)
- Dan Meagher, “The Brennan Conception of the Implied Freedom: Theory, Proportionality and Deference”, 30 *University of Queensland Law Journal*(2011)
- Davor Šušnjar, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, Martinus Nijhoff Publishers(2010)
- David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press(2004)
- David Bilchitz, “Necessity and Proportionality: Towards A Balanced Approach?”, *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, ed. Liora Lazarus et al, Hart Publishing(2016)
- David J. Mullan, “Deference: Is it useful outside Canada?”, *Acta Juridica*(2006)
- David Kenny, “Proportionality, the Burden of Proof, and Some Signs of Reconsideration”, 52 *Irish Jurist*(2014)
- Dieter Grimm, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, 57 *University of Toronto Law Journal*(2007)
- Don Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, Carswell(2014)
- Dwight Newman, “Canadian Proportionality Analysis: 5½ Myths”, 73 *Supreme Court Law Review*(2016)
- Eric Beinhocker, *The Origin of Wealth*, Harvard Business School Press(2006)
- Errol Mendes, “Section 1 of the Charter after 30 years: The Soul or the Dagger at its Heart?”, 61 *Supreme Court Law Review*(2013)
- Eva Brems, Laurens Lavrysen, “Don’t Use a Sledgehammer to Crack a

- Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Volume 15, Issue 1(2015)
- Francisco Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press(2017)
- Geoffrey Hodgson, Thorbjørn Knudsen, *Darwin’s Conjecture: The Search for General Principles of Social and Economic Evolution*, Chicago University Press(2012)
- Grant Huscroft, Bradley Miller, Grégoire Webber, “Introduction”, *Proportionality and Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, ed. Grant Huscroft, Bradley Miller, Grégoire Webber, Cambridge University Press(2014)
- Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge University Press(2009)
- Guy Davidov, “Separating Minimal Impairment from Balancing”, *Review of Constitutional Studies* Vol. V, No. 2(2000)
- Guy Davidov, “The Paradox of Judicial Deference”, *National Journal of Constitutional Law* Vol. 12. No. 2.(2001)
- Iryna Ponomarenko, “The Unbearable Lightness of Balancing: Towards a Theoretical Framework for the Doctrinal Complexity in Proportionality Analysis in Constitutional Adjudication”, 49 *University of British Columbia Law Review*(2016a)
- Iryna Ponomarenko, “Tipping the Scales in the Reasonableness-Proportionality Debate in Canadian Administrative Law”, 21 *Appeal*(2016b)
- Jamie Cameron, “The Past, Present, and Future of Expressive Freedom under the Charter”, *Osgoode Hall Law Journal* Vol. 35, No. 1(1997)
- Jamie Cameron, “The McLachin Court and the Charter in 2012”, *The*

- Supreme Court Law Review*, Vol. 63(2013)
- Janina Boughey, “Re-Evaluating the Doctrine of Deference in Administrative Law”, 45 *Federal Law Review*(2017)
- Jean Bodin/abridged and translated by M. J. Tool, *Les six livres de la république, translated as Six Books of the Commonwealth*, , Seven Treasures Publications(2009)
- Jeff King, “Proportionality: A Halfway House”, *New Zealand Law Review*(2010)
- Jeremy Gunn, “Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis”, 19 *Emory International Law Review*(2005)
- Jeremy McBride, “Proportionality and the European Convention on Human Rights”, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. Evelyn Ellis, Hart Publishing(1999)
- Jeremy Waldron, “Constitutionalism: A Skeptical View”, Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper no. 10-87(<http://ssrn.com/abstract=1722771>)
- Jeremy Webber, *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*, Hart Publishing(2015)
- Jochen von Bernstorff, “Proportionality Without Balancing: Why Judicial Ad Hoc Balancing is Unnecessary and Potentially Detrimental to the Realisation of Individual and Collective Self-determination”, *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, ed. Liora Lazarus et al, Hart Publishing(2016)
- Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primacy in the European Convention on Human Rights*, Martius Nijhoff Publishers(2009)
- Jorge Silva Sampaio, “Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on

- Fundamental Rights”, *Proportionality in Law*, ed. David Duarte, Jorge Silva Sampiro, Springer(2018)
- Julian Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal*, 65-1(2006)
- Julian Rivers, “Proportionality, discretion and the Second law of Balancing”, *Law, Rights and Discourse–The Legal Philosophy of Robert Alexy–*, ed. George Pavlakos, Hart Publishing(2007a)
- Julian Rivers, “Proportionality and discretion in International and European Law”, *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, ed. N. Tsagourias, Cambridge University Press(2007b)
- Julian Rivers, “Constitutional Rights and Statutory Limitations”, *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*, ed. Matthias Klatt, Oxford University Press(2012)
- Kent Roach, “Section 7 of the Charter and National Security: Rights Protection and Proportionality versus Deference and Status”, 42 *Ottawa Law Review*(2011)
- Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press(2012)
- Kai Möller, “Constructing the Proportionality Test: An Emerging Global Conversation”, *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*, ed. Liora Lazarus et al, Hart Publishing(2016)
- Katharine Young, “Proportionality, Reasonableness and Economic and Social Rights”, *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki Jackson, Mark Tushnet, Cambridge University Press(2017)
- Laverne Jacobs, “Caught Between Judicial Paradigms and the Administrative State’s Pastiche: ”Tribunal“

- Independence, Impartiality, and Bias”, *Administrative Law in Context*, Emond Montgomery Publications(2013)
- Madhave Khosla, “Proportionality: An Assault on Human Rights?: A Reply”, 8 *International Journal of Constitutional Law*(2009)
- Mark Elliot, Robert Thomas, *Public Law*, Oxford University Press(2014)
- Mark Tushnet, “The Charter’s Influence Around the World”, *Osgoode Hall Law Journal* Vol. 50, Issue 3(2013)
- Mark Zion, “Effecting the Balance: *Oakes* Analysis Restaged”, *Ottawa Law Review* 43(2012)
- Mary Liston, “Governments in Miniature: The Rule of Law in the Administrative State”, *Administrative Law in Context*, Emond Montgomery Publications(2013)
- Marshall Haughey, “The Camera and the Colony: A Comment on *Alberta v. Hutterian Brethren*”, 74 *Saskatchewan Law Review*(2011)
- Matthias Klatt , Moritz Meister, “Proportionality-A Benefit to Human Rights? Remarks on the I • CON Controversy”, 10 *International Journal of Constitutional Law*(2009)
- Matthias Klatt, Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press(2012)
- Mattias Kumm, “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice”, 2 *International Journal of Constitutional Law*(2004)
- Mattias Kumm, “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point and Purpose of Rights-Based Proportionality Review”, 4 *Law & Ethics of Human Rights*(2010)
- Mattias Kumm, “Is the Structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Resolution”, *Proportionality:*

- New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki Jackson, Mark Tushnet, Cambridge University Press(2017)
- Michael Taggart, “Proportionality, Deference, Wednesbury”, *New Zealand Law Review*(2008)
- Montesquieu/translated by Anne M. Cohler, Basia C. Miller, Harold Stone, *The Spirit of Laws*, Cambridge University Press(1989)
- Moshe Cohen-Eliya, Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press(2013)
- Nicholas Barber, “Constitutionalism: Negative and Positive”, *SSRN Electronic Journal*(2015) 10.2139/ssrn.2565721.
- Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law –A comparative Study–*, Kluwer Law International(1996)
- Niels Petersen, *Proportionality and Judicial Activism: Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge University Press (2017)
- Niklas Luhman, “Law as a Social System”, *Northwestern University Law Review* Vol. 83(1989)
- Note, “Organic and Mechanical Metaphors in Late Eighteenth-Century American Political Thought”, *Harvard Law Review*, Vol. 110 No. 8(1997. 6)
- Norbert Wiener, *The Human Use of Human Beings: Cybernetics and Society*, Da Capo Press(1954)
- Patrick Macklem, Carol Rogerson et al., *Canadian Constitutional Law*, Emond Montgomery Publications(2010)
- Patrick Monahan, Chanakya Sehti, “Constitutional Cases 2010: An Overview”, *The Supreme Court Law Review* Vol. 54(2011)
- Patrick Monahan, Byron Shaw, *Constitutional Law*, Irwin Law(2013)
- Paul Daly, *A Theory of Deference in Administrative Law: Basis, Application and Scope*, Oxford University Press(2012)

- Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th edn., Vol II, Thomson Carswell(2007)
- Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Carswell(2010)
- Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada[2018 Student Edition]*, Thompson Reuters Canada(2018)
- Peter Hogg, Ravi Amarnath, “Understanding Dialogue Theory”, *The Oxford Handbook of Canadian Constitution*, ed. Peter Oliver, Patrick Macklem, Nathalie des Rosiers, Oxford University Press(2017)
- Pierre Blache, “The Criteria of Justification under *Oakes*: Too Much Severity Generated Through Formalism”, 20 *Manitoba Law Journal*(1991)
- P. Lenta, “Judicial Deference and Rights”, *Journal of South African Law*(2006)
- Richard Moon, “Justified Limits on Free Expression: The Collapse of the General Approach to Limits on Charter Rights”, *Osgoode Hall Law Journal* Vol. 40, No. 3(2002)
- Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press(2002)
- Robert Alexy, “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”. *Ratio Juris* Vol. 16 No. 4(2003)
- Robert Alexy, “Proportionality and Rationality”, *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki Jackson, Mark Tushnet, Cambridge University Press(2017)
- Robert Sharpe, Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, Irwin Law(2017)
- Rosalind Dixon, “The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference”, *Osgoode Hall Law Journal* Vol. 47, No. 2(2009)
- Roy Romanow, John Whyte, Howard Leeson, *Canada... Notwithstanding: The Making of Constitution 1976–1982*, Thompson(2007)

- Sara Weinrib, "The Emergence of the Third Step of the *Oakes* test in Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony", *University of Toronto Faculty of Law Review*, 68-2(2010)
- Sheila Wildeman, "Pas de Deux: Deference and Non-Deference in Action", *Administrative Law in Context*, Emond Montgomery Publications(2013)
- Sonia Lawrence, "2013: Constitutional Cases in Review", *The Supreme Court Law Review*, Vol. 67(2014)
- Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An Assault on Human Rights?", 7 *International Journal of Constitutional Law*(2009)
- Stephen Gardbaum, "Proportionality and Democratic Constitutionalism", ed. Grant Hushcroft, Bradley Miller, Gr  gorie Webber, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press(2014)
- Stephen Gardbaum, "Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far?", *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki Jackson, Mark Tushnet, Cambridge University Press(2017)
- Stephen Holmes, *Passions and Constraint – On the Theory of Liberal Democracy* –, The University of Chicago Press(1995a)
- Stephen Holmes, "Constitutionalism", *The Encyclopedia of Democracy Vol. 1*, Routledge(1995b)
- Sujit Choudhry, "So What is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1", 34 *Supreme Court Law Review*(2006)
- Thomas Poole, "The Reformation of English Administrative Law", 68 *Cambridge Law Journal*(2009)
- Tom Hickman, "Proportionality: Comparative Law Lessons", *Judicial*

Review Vol 12(2007)

Tom Hickman, "Problems of Proportionality", *New Zealand Law Review*(2010)

Vicki Jackson, "Ambivalent Resistance and Comparative Constitutional Constitutionalism: Opening Up the Conversation on Proportionality, Rights and Federalism", 1 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*(1999)

Vicki Jackson, "Constitutional Law in an Age of Proportionality", 124 *Yale Law Journal*(2015)

Vicki Jackson, Mark Tushnet, "Introduction", *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed. Vicki Jackson, Mark Tushnet, Cambridge University Press(2017)

Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 31, No. 2(2011)

Woodrow Wilson, *Constitutional Government In the United States*, Columbia University Press(1917)

Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Hart Publishing(2002)

Abstract

The Proportionality Review of the Supreme Court of Canada

Reasoning Structure and Application Intensity of the *Oakes* Test

Jaehong Lee

College of Law

The Graduate School

Seoul National University

In 1986, the Supreme Court of Canada established a standard of proportionality review called ‘the *Oakes* test’ in the *R. v. Oakes* decision. The *Oakes* test is comprised of four steps: (1) sufficient importance of legislative purpose, (2) rational connection, (3) minimal impairment, (4) proportionality of effects. After the *Oakes* decision, the minimal impairment has played an important role in most cases. The proportionality of effects has lost its own *raison d’être*. This trend has been changing since the *Hutterian Brethren* decision in 2009 where the Supreme Court of Canada explicitly separated the minimal impairment from the proportionality of effects and conducted a comprehensive balancing in the last step of the *Oakes* test.

The Supreme Court of Canada adjusts the intensity of the *Oakes* test following the degree of deference that the Court confers on the Parliament. To decide the degree of deference, the Supreme Court of Canada considers specific features of the case at hand such as mediation between colliding interests, protection of minorities, complex regulatory measures to solve social problems, and the severity of infringement to Charter rights.

Theoretically, the application of the proportionality principle can be analyzed

by two elements: (1) reasoning structure of the principle, (2) application intensity of the principle. The proportionality principle has four prongs: (1) legitimacy, (2) suitability, (3) necessity, (4) balancing. The reasoning structure of necessity consists of four sub-tests: (1) whether there is a legislative alternative, (2) whether the alternative can achieve legislative aim as high as the impugned statute does, (3) whether the alternative needs the same or fewer resources to achieve the legislative aim than the impugned statute does, (4) whether the alternative infringes the applicant's fundamental rights less than the impugned statute does. All these four steps examine the efficiency of the impugned statute in achieving the legislative purpose. The reasoning structure of balancing (proportionality in strict sense) is divided into two steps: (1) normative measurement of the specific value of the legislative purpose achieved by the impugned statute and normative measurement of the specific value of constitutional rights infringed by the impugned statute, (2) normative comparison between the results of both measurement. These two steps touch the essence of balancing, which can put the legislative purpose itself into question. Through the balancing, the seriousness of infringement of fundamental rights can be inspected thoroughly. On the contrary, the necessity merely checks the efficiency of achieving the legislative purpose. Therefore the balancing takes the center stage of the proportionality test.

When applying norms, uncertainty may arise sometimes. The application of the proportionality principle is not an exception. In the proportionality review, this uncertainty is removed by the degree of judicial respect to the legislature. Hence, the degree of judicial respect decides the application intensity of the proportionality principle. The application intensity is able to be controlled at each prong of the proportionality principle. The intensity is decided by specific characteristics of the case, such as the democratic legitimacy on the issue, the relative expertise of the judiciary, and the severity of infringement of fundamental rights. The separation of powers doctrine legitimizes judicial

respect to the legislature. The doctrine operates in two ways: (1) checks and balance, (2) division of labor and cooperation. The former serves as the reason for strengthening the intensity, and the latter as the reason for the weakening the intensity.

Theoretical analysis of the proportionality review upholds the reasoning structure of the *Hutterian Brethren* decision which puts much importance on the proportionality of effects. Through the *Hutterian Brethren* decision's structure of reasoning, the Court can promote the efficiency of review and engage in the balancing thoroughly. The deference in the *Oakes* test removes the uncertainty the Court faces when applying the test. The varying degrees of deference at sub-steps of the *Oakes* test and the various features the Supreme Court of Canada takes into consideration when deciding the specific degree of deference are in accord with the theory on the application intensity of the proportionality. The reasoning structure and application intensity of the *Oakes* test lack consistency. However, it is valuable that the Justices have tried to give persuasive reasons as to why they chose specific reasoning structure or application intensity of the *Oakes* test over 30 years.

The reasoning structure of the Constitutional Court of Korea's proportionality can be classified as three categories: (1) Non-Differentiated Reasoning, (2) Completely Differentiated Reasoning, (3) Incompletely Differentiated Reasoning. Decisions which took the Non-Differentiated Reasoning structure do not separate the four prongs of the proportionality. Decisions categorized as the Completely Differentiated Reasoning or Incompletely Differentiated Reasoning proceed with the four prongs of proportionality test step by step. The difference between Completely Differentiated Reasoning and Incompletely Differentiated Reasoning lies in the reasoning structure of necessity and balancing. The Completely Differentiated Reasoning strictly discern the necessity from the balancing. Decisions with Completely Differentiated Reasoning structure do not balance conflicting values at the necessity stage.

However, decisions which took the Incompletely Differentiated Reasoning structure tend to balance conflicting values at the necessity stage. Among those three reasoning structures, the Completely Differentiated Reasoning is most desirable, because it can fully realize the advantage of the proportionality test such as fair balancing and transparent reasoning.

The Constitutional Court of Korea considers the legislative discretion not only when weakening the intensity of the proportionality test, but also when changing the reasoning structure of proportionality. However, the modification of reasoning structure cannot be fully justified by the legislative discretion alone. Furthermore, this kind of modification damages the consistency and persuasiveness of decisions. In this regard, it is better to regulate the intensity of proportionality review instead of modifying the reasoning structure itself. The constitutional legitimacy of exercising power and the relative institutional expertise on a specific matter decide the application intensity of proportionality. Four levels of application intensity seem to be appropriate for the Constitutional Court of Korea to adopt. If the Court has chosen a specific intensity, it is important to present the reasons for the choice explicitly.

Keywords: the *Oakes* test, proportionality, necessity, balancing, deference, intensity of review, respect for legislative discretion

Student Number: 2007-30363

헌사(獻詞)

앞선 세대,
존경하고 사랑하는
두 분 부모님과

다음 세대,
애뜻하게 사랑하는
세 아이들께

앞선 세대의 희생과,
다음 세대의 미래를 잇는
다리가 되기를 바라며

이 논문을 바칩니다.